جامعة نـايف العربية للعلوم الأمنية
كليــة الــدراســات العــليــا
قسم العدالة الجنائية
تخصص التشريع الجنائي

الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي

دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية

بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي

إعـــداد

فهد بن زبن نـافع السلمي

إشراف

الاستاذ الدكتـــور/ فؤاد بن عبد المنعم أحمد

١٤٢٩ هـ (٢٠٠٨م)

بســـم الله الرحمن الرحيم



جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية

Naif Arab University for Security Sciences

كلية الدراسات العليا

قســم : العدالة ا نائية   وذج رقم (٦)

التخصص : التشريع ا نائي الإسلامي

ملخــص رسالــة ماجسـة

عنوان الرسالة : الدفع بعدم قبول الدعوى   نظام ا رافعات الشرعية السعودي دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية

إعداد الطالب : فهد بن زبن نافع السلمي

إشــراف : الأستاذ الدكتور/ فؤاد بن عبد ا نعم أ د

نة منافشة الرسالة :

١ – الأستاذ الدكتور/ فؤاد بن عبد ا نعم أ د   مشرفاً ومقرراً

٢ – الدكتور/ ناصر بن مد مشري الغامدي   عضواً مناقشاً

٣ – الدكتور/ خالد بن عبد ا اللحيدان   عضواً مناقشاً

تاريخ ا ناقشة : ١٤٢٩/٢/١٣هـ ا وافق ٢٠٠٨/٢/٢٠م

مشكلة البحث : يعد الدفع بعدم قبول الدعوى أحد أنواع الدفوع ال أشار إليها نظام ا رافعات الشرعية مادته الرابعـة ومادته الثانية والسبع ، و ظ بدراسة علمية الفقه الإسلامي ونظام ا رافعات الشرعية السعودي، تب عما إذا كان لـه أصل الفقه الإسلامي أم أنه مستمد من القانون، وما هو مفهومه فيهما، وما هي طبيعته وعلاقته بأنواع الدفوع الأخـرى، وما هي آثاره ؛ ا كن معه ديد قواعده وأحكامه. وهل يوجد اختلاف حول طبيعته الفقه والنظام السعودي اثل مـا هو موجود القانون أم لا ؟

وما مدى تطبيق القضاة ا ملكة لأحكام هذا الدفع؟

أ ية البحث : ت ز هذه الأ ية من جانب : فمن ا انب النظري: الوقوف على هذا الدفع الفقـه والنظـام للمـشتغل بالقضاء، وا تقاض ووكلائهم، و اميهم، والدارس سواء ا امعات أو غ هم؛ لأنه لا يعتد با هل بالأحكام الـشرعية والنظامية الدولة الإسلامية. ومقارنة ذلك مع قانون ا رافعات ا دنية والتجارية ا صري؛ لإثراء جوانب ا وضوع، ومـدى قيق مصا الناس إجراءات التقاضي.

ومن ا انب التطبيقي: إيضاح مدى الالتزام به ا اكم الشرعية بذات ا سمى أم ري العمل على خلاف ا سمى.



أهداف البحث : ـدف الدراسة إ معرفة الدفع بعدم قبول الدعوى نظام ا رافعات الشرعية مع التأصيل والتطبيق، ومقارنة ذلـك بقانون ا رافعات ا دنية والتجارية ا صري من حيث الآ :

١ – معرفة ا قصود بالدفع بعدم قبول الدعوى الفقه والنظام والقانون.
٢ – معرفة طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى الفقه والنظام والقانون.
٣ – معرفة آثار الدفع بعدم قبول الدعوى الفقه والنظام والقانون.
٤ – معرفة مدى تطبيق القضاء السعودي ـذا الدفع حسب نظام ا رافعات الشرعية ا ديد.

تساؤلات البحث :

السؤال الرئيس هو : ما الدفع بعدم قبول الدعوى نظام ا رافعات الشرعية السعودي مع التأصيل والتطبيق وا قارنة بقانون ا رافعات ا دنية والتجارية ا صري؟

وللإجابة على ذلك يستلزم الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية :

١ – ما ا قصود بالدفع بعدم قبول الدعوى الفقه والنظام والقانون .
٢ – ما طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى الفقه والنظام والقانون.
٣ – ما آثار الدفع بعدم قبول الدعوى الفقه والنظام والقانون؟
٤ – ما مدى تطبيق القضاء السعودي لأحكام الدفع بعدم قبول الدعوى على ضوء نظام ا رافعات الشرعية ؟

منهج البحث :

اعتمد الباحث على منهج :

ا نهج الأول : نظري وصفي استقرائي تأصيلي مقارن لتوضيح مفهوم هذا الدفع وطبيعته وآثاره الفقه والنظام والقانون، وذلك بقراءة ا صادر الفقهية الأربعة مع الرجوع لكتب الفقهاء ا عاصرين، وعلماء القانون، بالإضافة ا حواه نظام ا رافعات الـشرعية الـسعودي ولائحته التنفيذية ا يتعلق بصلة البحث.

ا نهج الثا : منهج تطبيقي ليلي للمضمون من خلال دراسة عشر قضايا متعلقة ـذا الدفع من اكم منطقة الرياض؛ لإيضاح العلاقة ب النظرية والتطبيق.

أهم النتائج :

١ – عرف الفقه الإسلامي الدفع بعدم القبول سميات متعددة، وهي : عدم القبول وعدم السماع ودفع ا صومة .
٢ – الدفع بعدم القبول من ابتداع الفقه الإسلامي وليس الفقه الفرنسي كما قيل.
٣ – عدم توافر أي من الشروط الإ ابية أو السلبية الدعوى؛ كم بعدم قبو ا.
٤ – يكون الدفع بعدم القبول بعض صوره دعوى حد ذاته، فيشترط فيه ما يشترط الدعوى، و بعضها لا يكون كذلك.
٥ – لا وجود للخلاف ب فقهاء الشريعة حول طبيعة الدفع بعدم القبول .
٦ – يستقل الدفع بعدم القبول عن الدفوع ا وضوعية تبعاً لاستقلال الدعوى عن ذات ا ق ا دعى به .
٧ – يوجه الدفع بعدم القبول إ الطلب أو الدفع أو الطعن ا كم م ما لف أحد شروطه.
٨ – الدفع بعدم القبول له ذاتية خاصة يزه عن بقية الدفوع، تتجلى إنكاره ا ماية القضائية على طالبها عند لف أحد شروطها.
٩ – يترتب على كون الدفع بعدم القبول من النظام العام أن تتصدى ا كمة بإثارته من تلقاء نفسها دون انتظار إثارته من قبل أحـد ا صوم، وذلك أي مرحلة من مراحل الدعوى حال تولده من اختلال شرط من شروط قبول الطلب القضائي أو الدفع أو الطعن ا كم، ولا وز الاتفاق على خلافه أو التنازل عنه. و وز للخصم التمسك به أي مرحلة من مراحل الدعوى، ويترتب على إغفاله من قبل ا كمة أن يكون سبباً من الأسباب ال يز الاعتراض على ا كم ونقضه.
١٠ – يعد ا كم بعدم قبول الدعوى من الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل موضوع الدعوى، وأنه لا لو ا ال من أمرين :
الأول : كن الطعن ا كم بعدم القبول مباشرة على وجه الاستقلال دون ضمه للموضوع إذا كان حكمـاً حا ـاً وفاصـلاً ا صومة .
والثا : لا وز الطعن ا كم بعدم القبول إلا مع الاعتراض على ا كم الصادر موضوع الدعوى إذا كان ا كم غـ منـهي للخصومة.
١١ – وز ديد ا اع بعد ا كم بعدم قبول الدعوى كقاعدة عامة م أمكن استيفاء ا قتضي الذي كان ينقصه أمـا إذا كـ ن استيفاؤه فلا وز ديد ا اع فيه، ويكتسب ا كم بعدم القبول حجية الشيء ا قضي فيه ا ـسألة ا فـصول فيهـا فقـط دون موضوعها.
١٢ – تستخدم القضاء مصطلحات بديلة عن مصطلح عدم القبول الوارد نظام ا رافعات الشرعية السعودي، كمـا تـستخدم مسببات ا كم بديلة عما هو مقرر النظام .

نموذج رقم (٦)

Department : Executive justice
Specialization : Islamic Executive Legislation

MA. THESIS SUMMARY

Thesis Title: Claiming refusing the case in the Saudi Legal Defenses
Original comparative and applicable study

Prepared by the: Fahd Bn Zabn Nafaa Al-Sulami

Thesis Defense Committee :

1- Prof. / Foad Bn Abdul Menam Ahmed A supervisor and a determiner
2- D / Naser Bn Mohammed Mashrri Al-GhamdiA discussion member
3- D / Khaled Bn Abdullah Al-Lehdan A discussion member

Defense Date: 13 /2 / 1429 h corresponding 20 / 2 / 2008 g

Research Problem :

The claim with the refusal the accusation is considered as one of the claims that are referred to in the system of the legal defenses in its term no. 4 , no. 72 and it doesn't receive a scientific study in the Islamic ……and the system of the Saudi logistic defenses , which may demonstrate if it has a root or an origin in the Islamic fekah or it is driven from the law , and what is its meaning and its nature and relationship with the kinds of other defenses , and what are its effects in the way that may help to determine its rules and judgments . And is there a difference concerning its nature in the Islamic fekah and the Saudi system , that's to say if it matches what is existed in the law or not ? and To what extent the judges in the Kingdom apply the judgments of this claim ?

research importance:

This importance emerges in two sides :

from the theoretical side : the recognition of this claim in the ….and the system those who work in judgment , conflicted sides , their agents , their lawyers , and the students whether in universities or others . This is because it is not accepted to ignore the legal and disciplined rules in the Islamic countries . And comparing this with the Egyptian law of the civil and trading defenses to enrich the sides of the topic and to what extent it achieves the peoples interests in the judging procedures .

As for the applicable side : demonstrating the level of adherence to the claim in the legal courts with the same name or it runs unlike the name .

Research Objectives :

The study aims at recognizing the claim of refusing the plead in the system of the legal defenses with originality and application and comparing this with the Egyptian law of the civil and trading defenses in terms of this :

1- recognizing the meaning of refusing the claim in jurisprudence, the discipline and the law .
2- recognizing the nature of refusing the claim in jurisprudence, discipline and the law
3- recognizing the effects of refusing the claim in jurisprudence, discipline and the law
4- recognizing to what extent The Saudi Justice applies this procedure according to the new system of legal defenses .

Research Hypotheses/ Questions :

The major question is : What is the claim of refusing the plead in the system of the legal defenses with originality and application and comparing this with the Egyptian law of the civil and trading defenses ?

To answer this question , it is necessary to answer the following sub questions :

1- What is the meaning of refusing the claim in jurisprudence, the discipline and the law ?

2- What is the nature of refusing the claim in jurisprudence, discipline and the law ?

3- What are the effects of refusing the claim in jurisprudence, discipline and the law ?

4-Tto what extent does the Saudi Justice applies this procedure in terms of the system of legal defenses ?

Research Methodology :

The researcher depended on two methods :

The first method : is descriptive , theoretical , original, analytic and comparative to indicate the concept or meaning of this refusal , its nature , and effects in jurisprudence, discipline and the law , and this can be done by reading the for sources of jurisprudence with going back to the books of the contemporary jurisprudents, scientists of law in addition to what is related to the core of the research and is included in the Saudi system of legal defenses and its executive list .

The second method : analytic and applicable method of the content through studying and investigating ten cases related to this refusal from the courts of Riyadh area , to show the relationship between the theory and the application .

Main Results:

1- the Islamic jurisprudence defines the refusal of the claim with several names such as : lack of acceptance, lack of hearing and preventing enmity.

2- the claim of refusal is invented by the Islamic jurisprudence and not by the French jurisprudence as it was said .

3- the lack of any of the positive or negative conditions in the claim leads to refusing it

4- the claim for refusal can be in some of its forms a case in itself , so it is conditioned with what the case is conditioned with , unlike the case in other forms .

5- there is no difference among jurisprudents of legislation concerning the nature of the claim for refusal .

6- the claim for refusal is independent from the objective claims according to the independence of the claim from the claimed right .

7- the claim for refusal leads to requesting , claiming or reviewing the sentence whenever one of its conditions is missed .

8- the claim for refusal has its own identity that distinguishes it from the other claims , this is clear in its denial of the judgmental protection on its claimer whenever one of its conditions is missed .

9- so long as the claim for refusal is of the general discipline that the court can raise it without waiting for its arise from one of the conflicted sides and this can be at any stage of the case in case of arising from the upset of one of the conditions of the judgmental request or claim or reviewing the sentence and it is not allowed to agree to another claim or to do without it . and the opponent can adhere to it at any stage of the case , and its omission by the court may result in or be one of the reasons that allow objection to the sentence of reviewing it .

10- the judgment of not accepting the claim is considered one of the sub judgments issued before judging the topic of the claim , and the matter can not do without two things :

The first : the review in the sentence can be refused directly and independently and without relating it to the topic if it is a decisive and final sentence of the enmity .

The second : it is not allowed to review the sentence with refusal without the objection to the issued sentence in the topic of the claim if the sentence does not end the enmity .

11- the conflict can be renewed after the sentence as a general rule whenever the claimed can complete what he missed , but if he can not do that , the conflict can not be renewed , and the sentence of non-acceptance the quality of the judged thing in the affair of the conflict apart from its topic .

12- substitute terms are used in the judgment instead of the term of non-acceptance used mentioned in the Saudi system of legal defenses, and substitute causes are used for the sentence different from what is determined in the system .

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـــة

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه ، والصلاة والسلام على رسولنا الكريم محمد بن عبد الله سيد ولد آدم ، وصفوة الخلق ، وإمام المهتدين.

أمــا بعد :

فإن للقضاء بين الناس مقام عظيم ، وعمل جليل لما للأمة فيه من المصالح والمنافع ؛ لتحقيق العدالة ، وإقامة الحق ، ونصرة للمظلوم ، وردع للظالم ، ورد الحقوق لأصحابها ، وتطبيقاً لأحكام الشرع المطهر .

ولذا كان الاهتمام به في صدر الإسلام أمراً ضرورياً ، وكذا في العصور المتعاقبة .

واهتمت المملكة العربية السعودية بفضل الله بالقضاء ونُظمه، وأولته جل اهتمامها ورعايتها ، وكان من ذلك صدور الأنظمة العدلية الثلاثة(المرافعات ، الإجراءات الجزائية ، المحاماة) .

ونظام المرافعات الشرعية باعتباره أحدها ، لم يحظ بالدراسة الكافية من الباحثين سيما وأنه حديث عهد.

والدفع بعدم قبول الدعوى هو : واحد من الدفوع التي أشار إليها نظام المرافعات الشرعية السعودي . ولتعلقه بالعمل القضائي ، وأهميته لدى المختصين ، ولكونه موضوعاً جديداً ؛ لم تُجر عليه دراسة سابقة مستقلة ومفصلة عن هذا الدفع في ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي وفي الفقه الإسلامي ؛ لمعرفة مدى تطرقهما لهذا الدفع .

وهل يشكل جدلاً لدى الفقهاء ونظام المرافعات مماثلاً لما لدى الفقه القانوني من حيث طبيعته أم لا ؟

وما مدى تطبيق القضاء لأحكام هذا الدفع ؟

ما ذُكر كان دافعاً لي ؛ لإجراء دراسة عن هذا الدفع في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، مع التأصيل والمقارنة والتطبيق ؛ ليكون استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير . وبالله التوفيق .

الباحث

الفصل التمهيدي

المدخل إلى الدراسة

يتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الإطار المنهجي للدراسة

المبحث الثاني : الدراسات السابقة

المبحث الثالث : تنظيم فصول الدراسة

المبحث الأول

الإطار المنهجي للدراسة

أولاً : مشكلة الدراسة

المملكة العربية السعودية دستورها الكتاب والسنة ، كما تقضي بذلك المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم [1] . وتهيمن الشريعة الإسلامية على النظام الأساسي للحكم ، وكافة أنظمة المملكة . كما أن على القضاة أن يلتزموا بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، والأنظمة المرعية أي الموافقة لما ورد في الكتاب والسنة من نصوص قطعية الثبوت والدلالة . وإن المسائل الإجرائية المتعلقة بالتقاضي يُراعى فيها في الغالب حال الزمان والمكان وتطور المجتمعات .

وقد صدر نظام المرافعات الشرعية الجديد ولائحته التنفيذية [2]، وهو حكم تقتضيه السياسة الشرعية ؛ لأنه يحقق مقاصد الإسلام الكلية ، ويتفق مع مبادئه العامة ، ولا يعارض دليلاً قطعي الثبوت والدلالة [3].

والدفع بعدم قبول الدعوى هو : أحد الدفوع ، التي أشار إليها نظام المرافعات الشرعية. وهذا الدفع لم يحظ بدراسة علمية مستقلة في الفقه الإسلامي والنظام ، رغم أنه يعتبر مثار جدل قانوني كبير عند فقهاء القانون.هل يعد دفعاً شكلياً أم موضوعياً أم مختلطاً أم دفعاً له طبيعة ذاتية؟

فالاختلاف بينهم حول طبيعته . بل إن بعض الباحثين يرى : أن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا المصطلح . فهل عرف الفقه الإسلامي هذا الدفع ، وإن لم يعرفه بهذا الاسم فهل له نظير في الفقه الإسلامي ؟

وهل يشكل هذا الدفع جدلاً مماثلاً في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات الشرعية ؟

---

(١) انظر: المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ / ٩٠ وتاريخ ٢٧ / ٨ / ١٤١٢هـ .

(٢) صدر نظام المرافعات الشرعية بالمرسوم الملكي رقم(م / ٢١) وتاريخ ٢٠ / ٥ /١٤٢١هـ وصدرت لائحته التنفيذية بقرار معالي وزير العدل رقم ٤٥٦٩ وتاريخ ٣ / ٦ / ١٤٢٣هـ .

(٣) أحمد ، فؤاد عبد المنعم والحسين علي غنيم : أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، (المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، ٢٠٠٢م) ،ص١١.

وما مدى تطبيق القضاة لهذا الدفع وفقاً لنظام المرافعات الشرعية الجديد؟

وما ذكر كان هو الداعي لبيان حقيقته وطبيعته وأثاره . ويمكن تلخيص مشكلة الدراسة في الإجابة عن السؤال التالي :

ما الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية مع التأصيل والتطبيق والمقارنة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ؟

ثانياً : أهمية الدراسة

للدراسة أهميتان: فمن الجانب النظري : الوقوف على هذا الدفع في الفقه والنظام للمشتغلين بالقضاء ، والمتقاضين ، ووكلائهم ، ومحاميهم والدارسين سواء في الجامعات أو غيرهم ؛ لأنه لا يعتد بالجهل بالأحكام الشرعية والنظامية في الدولة الإسلامية، كما أنه سيكون فيها مجال للمقارنة مع قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، ومدى تحقيق مصالح الناس في إجراءات التقاضي .

ومن الجانب التطبيقي : إيضاح مدى الالتزام به في المحاكم الشرعية بذات المسمى أم يجري العمل على خلاف المسمى .

ثالثاً : أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى معرفة الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية مع التأصيل والتطبيق ، ومقارنة ذلك بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري من حيث الآتي :

١) معرفة المقصود بالدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون .
٢) معرفة طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون .
٣) معرفة آثار الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون .
٤) معرفة مدى تطبيق القضاء السعودي لهذا الدفع حسب نظام المرافعات الشرعية الجديد .

رابعاً : أسئلة الدراسة

السؤال الرئيس هو : ما الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي مع التأصيل والتطبيق والمقارنة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ؟

وللإجابة على ذلك يستلزم الإجابة على الأسئلة التالية :

١) ما المقصود بالدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون ؟
٢) ما طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون ؟

٣) ما آثار الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون ؟
٤) ما مدى تطبيق القضاء السعودي لأحكام الدفع بعدم قبول الدعوى على ضوء نظام المرافعات الشرعية ؟

خامساً : منهج الدراسة

يتبع الباحث في دراسته منهجين : أحدهما نظري ، والآخر تطبيقي ولكل منهما منهجه الخاص به .

١ـ المنهج النظري :

وهو : استقرائي تحليلي ، وذلك بقراءة المصادر الفقهية في المذاهب الأربعة مع الرجوع لبعض كتب الفقهاء المعاصرين ، وعلماء القانون، بالإضافة لما حواه نظام المرافعات الشرعية السعودي ولائحته التنفيذية مما يتعلق بصلب البحث.

٢ـ المنهج التطبيقي :

وهو : منهج تحليل المضمون ، وذلك باختيار عشر قضايا متعلقة بالدفع بعدم قبول الدعوى من بعض محاكم منطقة الرياض ؛ لإيضاح العلاقة بين الجانب النظري والتطبيقي .

سادساً : حدود الدراسة

١) الحدود الموضوعية

تقتصر الدراسة على معرفة الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي مع التأصيل والتطبيق والمقارنة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

٢) الحدود المكانية

تقتصر الدراسة في منهجها التطبيقي على محاكم منطقة الرياض .

٣) الحدود الزمانية

تقتصر الدراسة في منهجها التطبيقي على اختيار عشر قضايا من بعض محاكم منطقة الرياض تتعلق بصلب البحث بعد صدور نظام المرافعات الشرعية السعودي من تاريخ ١ /٧ /١٤٢٢هـ إلى ٣٠/ ١٢ /١٤٢٧هـ .

سابعاً : مصطلحات الدراسة

١ــ الدفع بعدم قبول الدعوى :

هو : " الدفع الذي لا يوجه إلى إجراءات الخصومة ، ولا يوجه إلى ذات الحق المدعى به ، بل يرمى إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما إذا كان من الجائز استعمالها ، أم أن شرط الاستعمال غير جائز؛ لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى ، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة " [١].
وهذا هو تعريفه الإجرائي . وأفردت له مبحث مستقل في الفصل الأول : للتعريف بمفهومه في اللغة والفقه والنظام والقانون .

٢ــ الدعوى :

- **في اللغة :** اسم من الادعاء بمعنى الإخبار ، وهو المصدر أي أنها اسم لما يدعيه [٢].

ولها في اللغة اطلاقات متعددة ؛ منها الحقيقي ومنها المجازي ، ويرجع معظمها إلى معنى أصلي واحد وهو الطلب [٣].

- في اصطلاح الفقهاء :

لم يختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الدعوى ، فهي عندهم تصرف قولي من التصرفات الشرعية المباحة له شروطه الخاصة التي يجب توافرها ، ومن ثم لم يتباعدوا كثيراً عن بعضهم في اختيارهم الألفاظ عند تعريف الدعوى [٤].

وتُعرف بأنها : " قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله ،أو حمايته "[٥]،أو حماية مركز نظامي[٦]. **وهذا هو التعريف الإجرائي للدعوى .**

---

(١) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ،(منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الثامنة ، د.ت) ، ص ١٩ ، ٢٠ .
(٢) ابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان العرب ، (دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، د.ت) ، جـ ١٤ ، ص ٢٥٧ ، باب الياء المقصورة فصل الدال ، مادة (دعا) .
(٣) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ،(دار النفائس ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثالثة ، ١٤٢٥هـ) ، ص ٧٥ .
(٤) المرجع السابق ، ص ٧٨ .
(٥) المرجع السابق، ص٨٣ .
(٦) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، (جامعة الملك سعود ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٩هـ) ، ص ١٦ .

- **في القانون :**

اختلف فقهاء القانون في تعريف الدعوى إلى آراء متعددة ، يمكن إيجازها على النحو الآتي :

الاتجاه الأول :

عرَّفها بأنها : " سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته " . وتُعرف أيضاً بأنها :" سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون" (١) . وهذه التعاريف تدور حول معنى اعتبار الدعوى مجرد وسيلة أو أداة قانونية حددها القانون للأشخاص؛ لحماية حقوقهم أو للدفاع عن القانون ، كما أنها مجرد رخصة أو حق وليست واجباً . فالشخص حر في استعمالها أو عدم استعمالها (٢) .

الاتجاه الثاني :

يرى أن الدعوى القضائية : " هي الحق الموضوعي ذاته فهما شيءٌ واحدٌ ، فالحق طالما لا يعتدى عليه يظل هادئاً مستقراً ، فإذا ما وقع اعتداء تحرك في شكل دعوى قضائية إلى المحاكم لحسم النزاع الواقع عليه "(٣) .

إن موضوع الحق يختلف عن موضوع الدعوى ، فالحق العيني يولد رابطة تسلط بين صاحب الحق ومحل الحق ، والحق الشخصي يولد رابطة اقتضاء بين الدائن والمدين . أمَّا موضوع الدعوى فيكمن في الحصول على الحماية القانونية للحق المتنازع عليه.كما أن سبب الحق هو الواقعة المنشئة له،أمَّا سبب الدعوى فهو النزاع الواقع على ذات الحق (٤).

وأرى ترجيح الاتجاه الأول، باعتبار أن الدعوى وسيلة قانونية يتوجه بها الخصم إلى القضاء ؛ للحصــول على تقرير حق له أوحمايته ، وذلك لأن الدعوى هي خلاف الحق .

التعريف الإجرائي للدعوى من الناحية القانونية :

هي : حق إجرائي أي سلطة معطاة لصاحبها تخوله سلطة الالتجاء إلى القضاء ؛ طلباً للحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني الذي تعرض للاعتداء أو لخطر الاعتداء عليه (٥).

---

(١) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٣٨ وما بعدها .

(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ،(دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، ٢٠٠٦م) ، ص ١٥٩ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٥٩ .

(٤) المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات ، ص ٢٣ .

٣ـ نظام المرافعات الشرعية السعودي :

ينظر لتعريفه من اعتبارين : الأول : باعتباره مركباً يتكون من أربع كلمات ، أهمها : كلمة (نظام) ، و كلمة(المرافعات) . والثاني : باعتباره لقباً على هذا الموضوع . وبيان ذلك بحسب ما يلي :

- **النظام في اللغة :**

النظام (بالكسر) : هو التأليف والترتيب والاتساق، وأصله الخيط الذي ينظم به اللؤلؤ، وجمعه نظم وأنظمة وأناظيم [١] . ونظمت الأمر فانتظم : أي أقمته فاستقام على نظام واحد [٢] .

- **في الاصطلاح :**

هو من اطلاقات العصر الحديث ، وقد اكتسبت كلمة نظام معاني عديدة يتوصل إليها بحسب السياق ، ويعني هنا : " القواعد العامة الملزمة الصادرة من السلطة التنظيمية ، والموافق عليها بمرسوم ملكي " [٣].

- **المقصود بالنظام من الناحية الموضوعية والشكلية :**

يقصد بالنظام من الناحية الشكلية بأنه : " وثيقة مكتوبة تصدر من الملك ومجلس الوزراء في نفس الوقت لتنظيم سلوك الأفراد وإدراك مصالح الناس " [٤].

وأي مشروع نظام تتم دراسته في مجلس الشورى ، وبعد الموافقة عليه يحال لمجلس الوزراء ؛ لدراسته ، وبعد الموافقة عليه يصدر بمرسوم ملكي ، وينشر في الجريدة الرسمية ، ويعطى زمن محدد قبل تنفيذه [٥].

ويقصد بالنظام من الناحية الموضوعية : " مجموعة من الأحكام التي تتعلق بموضوع محدد وتعرض في صورة مواد متتالية "[٦].

- **المرافعات في اللغة :**

مفردها مرافعة ، مأخوذة من الفعل **(رفع)**، والرفع ضد الوضع ، تقول رفعته فارتفع؛ فهو نقيض الخفض في كل شيء. ومنه رافعت فلاناً إلى

---

(١) ابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان العرب ، جـ ١٢ ، ص ٥٧٨ ، باب الميم فصل النون، مادة (نظم) .
(٢) الفيومي ، أحمد محمد : المصباح المنير ،(المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان ، د. ط ، د.ت) جـ ٢ ، ص ٦١٢ ، كتاب النون ، مادة (نظمت) .
(٣) المرزوقي ، محمد عبد الله : السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية ، (مكتبة العبيكان ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٥هـ)، ص ٨٦ .
(٤) أحمد ، فؤاد عبد المنعم والحسين علي غنيم : أحكام الدفوع في نظام المرافعات ،ص١٠.
(٥) المرزوقي ، محمد عبد الله : السلطة التنظيمية في المملكة ، ص ٨٧ ، ٢٣٥ .
(٦) الحفناوي ، عبد المجيد : أصول التشريع في المملكة العربية السعودية ، (غير مبين مكان الطبع ، د. ت) ، ص ٩٣ .

الحاكم وترافعنا إليه ، ورفعه إلى الحكم قربه منه وقدمه إليه؛ ليحاكمه [١] .

- **في الاصطلاح :**

المرافعات : لم يعرف الفقهاء المتقدمون هذا المصطلح لحداثته ، ولكنهم عرفوه واستخدموه بمعنى الواجبات ، والمبادئ ، والآداب التي يتعين على القضاة والخصوم اتباعها في التخاصم والترافع والقضاء بين المتنازعين . وقد عرَّفها بعض المعاصرين فمن ذلك :

١ـ عرَّفها ظافر القاسمي بأنها : " الطرائق التي ينبغي أن تتبع منذ بداية المحاكمة حتى نهايتها " [٢] .

٢ـ وعرَّفها محمد مصطفى الزحيلي بأنها : " مجموعة القواعد والأحكام التي توصل إلى حماية الحقوق العامة وفصل الخصومات وقطع المنازعات " [٣].

٣ـ وعرَّفها عبد الله آل خنين بأنها:" الأحكام والقواعد التي تنظم سير المرافعة وما يتعلق بها منذ بداية الدعوى حتى الفصل فيها " . كما ذكر أن المراد بنظام المرافعات هو:" النصوص الفقهية المقررة لتنظيم قواعد وأحكام سير المرافعة وما يتعلق بها منذ بداية الدعوى حتى الفصل فيها"[٤]

- **في القانون :**

هي : " عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم وصدور الأحكام وتنفيذها " [٥].

- **تعريف نظام المرافعات الشرعية السعودي باعتباره لقباً :**

يقصد به : تلك المجموعة من القواعد والأحكام المتعلقة بإجراءات التداعي ، والتي تبين قواعد منضبطة موحدة ؛ تحدد لجميع الأشخاص طريقاً واحداً للالتجاء إلى القضاء ، وإجراءات موحدة للإثبات ، وللفصل في الدعوى ، وإصدار الأحكام والتشكي منها ، وتنفيذها جبراً بما يحفظ للقضاء مكانته ، وللخصوم حقوقهم [٦] " .

---

(١) ابن منظور ، محمد مكرم : لسان العرب ، جـ ٨ ، ص ١٢٩ وما بعدها ، باب العين فصل الراء ، مادة (رفع) .

(٢) القاسمي ، ظافر : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ ، (دار النفائس ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧هـ) ، جـ ٢ ، ص ٤٥، وانظر أيضاً منه ص ٤٣٨.

(٣) الزحيلي ، محمد مصطفى : أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، (دار الكتاب ، دمشق ، سورية ، طبع عام ١٤٠٨هـ) ، ص ١٢.

(٤) آل خنين ، عبد الله محمد : المدخل إلى فقه المرافعات ،(دار العاصمة ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٢هـ) ، ص ٢٧ ، وص ٢٨١ .

(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات ، ص ٧ .

(٦) النمر ، أمينة مصطفى : قوانين المرافعات ، (طبعة نادي القضاة ، القاهرة ، مصر =

ونظام المرافعات الشرعية حكم تقتضيه الشريعة الإسلامية ، طالما أنه يحقق مقاصد الإسلام الكلية ، ويتفق مع مبادئه العامة ، ولا يعارض دليلاً شرعياً تفصيلياً قطعي الثبوت والدلالة " [1].

- **التعريف الإجرائي :**

هو النظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م/٢١) وتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠هـ.

٤ـ القانون الوضعي :

- **في اللغة :** مقياس كل شيْ وجمعه قوانين [2]. وهو ليس بعـربـي والقوانين هي الأصول [3].

- **في الاصطلاح :**

هو : " القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع تنظيمـاً مقترناً بالجزاء الوضعي " ، أوهو: " التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية " [4].

- **القانون الوضعي بشكل عام :** " القانون السائد في دولة ما في زمن ما " [5].

- **قانون المرافعات المدنية والتجارية :**

هو : " القانون الذي ينظم التقاضي ويبين أصوله وأوضاعه، ويشمل النظام ببيان أنواع المحاكم ودرجتها وبيان الاختصاص، أي الصلاحية المقررة لكل محكمة أو مجموعة من المحاكم والإجراءات، أي الأوضاع الشكلية والمواعيد المقررة لتنظيم التقاضي " [6].

والتعريف الإجرائي للقانون محل المقارنة : هو قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر سنة ١٩٦٨م وما تبعه من تعديلات فيما يخص صلب البحث .

٥ـ اللائحة التنفيذية :

يقصد بها : القواعد العامة الملزمة التي تصدر من السلطة التنفيذية بحسب ما هو مسند إليها بموجب الأنظمة ، ذلك أن الأنظمة إنما تعني بتقرير الأحكام التي تتمتع بقدر من الاستقرار والشمولية ، وتترك للسلطة

= ١٩٨٩م) ، ص ٩ .

(١) أحمد ، فؤاد عبد المنعم والحسين علي غنيم : أحكام الدفوع في نظام المرافعات ، ص ١١.

(٢) الفيروز أبادي ، محمد يعقوب : القاموس المحيط ، (مؤسسة الرسالة ،بيروت ، لبنان د.ط د.ت)، ص ١٥٨٢، مادة(القنٌ) .

(٣) ابن منظور ، محمد مكرم : لسان العرب ، جـ ١٣ ، ص ٣٥٠ ، باب النون فصل القاف ، مادة (قنن) .

(٤) معجم القانون ، (مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٤٢٠هـ) ، ص ١٢٢ .

(٥) المرجع السابق ، ص ١٢٤.

(٦) المرجع السابق ، ص ١٢٤.

التنفيذية صلاحية تقرير الجزئيات والتفصيلات اللازمة لإنفاذه ؛ ولذا فكثيراً ما يأتي النص في النظام على إعطاء الوزير المعني بموضوع التنظيم سلطة إصدار اللائحة تنفيذاً لما قضى به النظام (١) .

وتُعرَّف في القانون بأنها : " ما تُسِنُّه السلطة التنفيذية من تشريع لتنفيذ القوانين " (٢) .

ويتفق مفهوم اللائحة التنفيذية في النظام والقانون من حيث أنه لا يجوز أن تتضمن إلغاء حُكم من أحكام النظام أو القانون، أو تعديلاً له ، أو تعطيلاً. كما لا يجوز أن تتضمن أحكاماً أصلية جديدة لم ينص عليها النظام أو القانون ؛ لأن هذا النوع من اللوائح لا يصدر عن سلطة تنظيمية أو تشريعية، وإنما عن سلطة تنفيذية (٣) .

- **والتعريف الإجرائي :**

يقصد بها : اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي الصادرة بقرار وزير العدل رقم ٤٥٦٩ وتاريخ ١٤٢٣/٦/٣هـ .

٦ـ أطراف الدعوى :

إذا كان المُدَّعِي هو الذي يلجأ إلى القضاء ابتداء طالباً الحكم له بادعاء معين ، والمُدَّعَى عليه من توجه لـه الطلبات والادعاء، إلا أن التمييز بينهما له أهمية كبرى في الشريعة الإسلامية بصفة خاصة؛ لأن المُدَّعِي يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه بالبيِّنة . بينما يقع على المُدَّعَى عليه دفع الدعوى باليمين، إذا لم يستطع المُدَّعِي إقامة البيِّنة وطلبها منه المُدَّعِي؛ لأنها حق له . وتقديم البيِّنة على الادعاء أثقل كثيراً من دفعه باليمين (٤) .

ولهذا اجتهد الفقهاء للتمييز بين المُدَّعِي والمُدَّعَى عليه ؛ ولعل أميزها ما قال به الحنفية ، وهو أن المُدَّعِي هو : من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها. والمُدَّعَى عليه هو : من إذا تركها يجبر عليها (٥) .

---

(١) المرزوقي ، محمد عبد الله : السلطة التنظيمية في المملكة ، ص ٩١ وما بعدها .

(٢) الصدة ، عبد المنعم فرج : أصول القانون ، (دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، د.ط، د.ت) ، ص ١٠٢ .

(٣) المرزوقي ، محمد عبد الله : السلطة التنظيمية في المملكة ، ص ٩٢.
الصدة ، عبد المنعم فرج : أصول القانون ، ص ١٠٢ وما بعدها .

(٤) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ١٧٦ .

(٥) السرخسي، شمس الدين: المبسوط ،(دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، د.ت) جـ ١٧ ، ص ٣١ .
قودر ، أحمد : تكملة شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ) جـ ٨ ، ص ١٥٩ . =

هذا المعيار يستند إلى طبيعة الدعوى بحسبانها تصرفاً إرادياً يصدر من المُدَّعِي باختياره ويملك الرجوع فيه، أمَّا بالنسبة للمُدَّعَى عليه فإن التزامه بالجواب واجب عليه كأثر للدعوى؛ يبقى قائماً ما بقي المدعي على دعواه [(١)] .

٧ـ المصلحة :

- **في اللغة :** المنفعة ، وضدها المفسدة [(٢)] .
- **في الاصطلاح :**

لم يذكر المتقدمون من الفقهاء تعريفاً للمصلحة في مجال الدعاوي والخصومات، رغم اتفاقهم على اشتراط هذا الشرط لقبول الدعوى؛ وإن كانت الصيغة بلفظ المصلحة غير موجودة في كتبهم[(٣)].

وعَرَّف الغزالي المصلحة بأنها : " عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة " [(٤)].

- **في النظام :**

عرَّفت لائحة نظام المرافعات الشرعية السعودي المصلحة بأنها : " كل ما فيه جلب نفع أو دفع ضرر" [(٥)] .

- **في القانون :**

تعريف المصلحة يختلف بحسب ما ينظر إليها من خلال المقصد من رفع الدعوى أو من خلال الدافع على رفعها . فإذا نظر إليها من خلال المقصد من رفع الدعوى ؛ فإنها تكون الحاجة إلى الحماية القضائية؛ لأنها ترتبط بالاعتداء على الحق أو التهديد بالاعتداء عليه . أمَّا إذا نظر إليها من خلال الدافع إلى رفع الدعوى؛ فإنها تكون المنفعة التي يجنيها المدعي من جراء الحكم له بطلباته[(٦)].

= ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ)،جـ ١١،ص٥٣٧ وما بعدها .

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ١٧٧ .

(٢) ابن منظور، محمد مكرم : لسان العرب ، جـ ٢ ، ٥١٧، باب الحاء فصل الصاد ، مادة (صلح) .

(٣) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٣٠٣.

(٤) الغزالي،محمد بن محمد: المستصفى من علم الأصول، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ، ص ١٧٤.

(٥) اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي ١/٤ .

(٦) ياغي ، أكرم حسن : نظرية الدعوى الشرعية في التشريع والفقه والقضاء ،(مكتبة زين =

وعرَّفها أحد شراح القانون بأنها : " الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء " [1] .

وعرَّفها آخر بأنها الفائدة العملية مادية كانت أو معنوية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته التي حرم منها؛ نتيجة الاعتداء على حقه أو مركزه القانوني بحيث إذا لم تعد على المدعي من رفع الدعوى فائدة لا تقبل دعواه [2].

- **التعريف الإجرائي** : هي الحاجة إلى الحماية القضائية التي قد تجلب لصاحبها نفعاً معتبراً أو تدفع عنه ضرراً حالاً أو محدقاً .

= الحقوقية والأدبية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥م) ، ص ١٢٩ وما بعدها .

(٧) مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، (دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، د. ط ، ١٩٧٨م) ، ص٣١٨ .

(٦) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٢٩وما بعدها .

المبحث الثاني

الدراسات السابقة

أعرض للدراسات السابقة وفقاً للمنهج التاريخي مع تقديم رسائل الدكتوراه أولاً :

الدراسة الأولى

عنوانها : دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية

مؤلفها: محمد راكان ضيف الله الدغمي .
درجتها: رسالة لنيل درجة الدكتوراه من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بمصر عام ١٩٨٦م .
أهداف الدراسة
حصرها الباحث في بيان دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية .
منهج الدراسة
اعتمد الباحث على المنهج الاستقرائي الاستنباطي . وقسم بحثه بابين: الباب الأول : جعله في دعوى التناقض . والباب الثاني : في الدفع ، وقسمه إلى ثلاثة فصول : الفصل الأول : جعله في معنى الدفع ومشروعيته ، والفصل الثاني : في وجوه الدفع ودرجاته، والفصل الثالث: في ثبوت الدفع وأثره .
أهم نتائج الدراسة
١) الدفع حق لطرفي الخصومة .
٢) المدعى عليه يكلف برد الخصومة عن نفسه .
٣) ثبوت دفع الدعوى بالإقرار والبيِّنة والنكول .
٤) جواز الدفع بعد الحكم .
أوجه الشبه والاختلاف
تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في أنها تستهدف دراسة الدفع في الشريعة الإسلامية .
وتختلف عنها كونها تناولت الدفع في الشريعة الإسلامية . بينما الدراسة

الحالية تركز على نوع واحد من الدفوع، وهو الدفع بعدم قبول الدعوى كدراسة تفصيلية في نظام المرافعات الشرعية السعودي مع التأصيل والتطبيق، والمقارنة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

ولم يحظ الدفع بعدم قبول الدعوى فيها بالدراسة الكافية . بينما الدراسة الحالية تنصب على هذا الدفع فقط .

كما تختلفان من حيث المنهج ،فهذه الدراسة استخدمت المنهج الاستقرائي الاستنباطي . أمَّا الدراسة الحالية فتعتمد المنهج التطبيقي التحليلي ، والدراسة النظرية في التأصيل والمقارنة .

الدراسة الثانية

عنوانها :الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية

مؤلفها: أحمد بن محمد أحمد حشيش

درجتها: رسالة لنيل درجة الدكتوراه من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية عام ١٩٨٦م .

أهداف الدراسة

حصرها الباحث في بيان الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية .

منهج الدراسة

اعتمد الباحث على المنهج الاستقرائي الاستنباطي . وقسم دراسته إلى قسمين :القسم الأول : تضمن دراسة الطبيعة الأوليه أو العلمية لدفع عدم القبول . والقسم الثاني: تضمن دراسة الطبيعة الوضعية أو العملية لدفع عدم القبول . وجعل للقسم الأول بابين: الباب الأول : تناول فيه الطبيعة المثالية للدفع بعدم القبول . والباب الثاني : تناول فيه الطبيعة الاجتماعية للدفع بعدم القبول . وقسم القسم الثاني إلى بابين : الباب الأول: تناول الطبيعة الفنية للدفع بعدم القبول . والباب الثاني: تناول فيه الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول .

أهم نتائج الدراسة

١) الدفع بعدم القبول ليس دفعاً بعدم قبول الدعوى أو الادعاء أو الطلب أو حق الدعوى أو الحق في الدعوى ، وليس دفعاً بعدم وجود الدعوى أو بانتفاء الدعوى أو بإنكار الدعوى أو بإنكار الحماية القضائية؛ إنما هو الدفع بعدم التعسف في استعمال حق الدعوى

القضائية بالطلب أو الدفع ، ذلك التعسف الذي يعـبر عنه بتخلف شرط المصلحة .
٢) الدفع بعدم القبول دفعان : أحدهما إجرائي متعلق بالإجراءات ، والآخر موضوعي متعلق بالموضوع أو أحدهما بالطبيعة والآخر بالتخصيص أو يجعله دفعاً مركباً أو مختلطاً .
٣) الدفع بعدم القبول واحداً من الدفوع وليس من الطلبات أو وسائل الهجوم .

أوجه الشبه والاختلاف

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في تناول الدفع بعدم قبول الدعوى . وتختلف عنها كونها تناولته في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري . بينما الدراسة الحالية تتناول هذا الدفع في نظام المرافعات الشرعية السعودي مع التأصيل والتطبيق والمقارنة .

كما تختلفان من حيث المنهج ، فهذه الدراسة استخدمت المنهج الاستقرائي الاستنباطي . أمَّا الدراسة الحالية فتعتمد المنهج التطبيقي التحليلي والدراسة النظرية في التأصيل والمقارنة .

الدراسة الثالثة

عنوانها : نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي

مؤلفها : محمود محجوب أبو النور .

درجتها : رسالة لنيل درجة دكتوراه الفلسفة في الشريعة الإسلامية من جامعة الخرطوم عام ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م .

أهداف الدراسة

تلخصت في هدف واحد وهو خلو المكتبة الإسلامية من مثل هذا البحث .

منهج الدراسة

اعتمد الباحث على المنهج الاستقرائي الاستنباطي . وقسم دراسته إلى: مقدمة وتمهيد وثلاثة أبواب . ففي الباب الأول :تناول الأحكام العامة للدفع وذلك في فصلين : تحديد مفهوم الدفع وأركانه وشروط الأركان وأنواع الدفع في الفصل الأول . وأحكام الدفع في الفصل الثاني . أما الباب الثاني: تناول فيه الدفع قبل الحكم ، وذلك في فصلين :الدفع قبل الحكم في الدعاوي

المدنية في الفصل الأول . والدفع قبل الحكم في الدعاوي الجنائية في الفصل الثاني . أمَّا الباب الثالث : تناول فيه الدفع بعد الحكم . ففي الفصل الأول منه: تناول الخطأ في الأحكام القضائية . وفي الفصل الثاني : تناول الطعن في الأحكام القضائية .

أهم نتائج الدراسة

١) تأصيل نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي .

٢) إبراز المنهج الإسلامي في نظر الدعاوي ودفوعها والطعن في الأحكام ومقارنته بمنهج القوانين الإجرائية في ذلك .

أوجه الشبه والاختلاف

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في تناول الدفع في الشريعة الإسلامية .

وتختلفان من حيث أن هذه الدراسة تناولت نظرية الدفوع في الفقه الإسلامي . بينما الدراسة الحالية تتناول نوع من الدفوع ، وهو الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي مع التأصيل والتطبيق والمقارنة ، كما أنهما تختلفان من حيث المنهج، فهذه الدراسة استخدمت المنهج الاستقرائي الاستنباطي . أمَّا الدراسة الحالية فتعتمد المنهج التطبيقي التحليلي والدراسة النظرية في التأصيل والمقارنة .

الدراسة الرابعة

عنوانها : الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي

مؤلفها : فهد بن عبد العزيز اليحيى .

درجتها : رسالة لنيل الماجستير من المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عام ١٤٢٤هـ .

أهداف الدراسة

تلخصت في دراسة الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي مع مقارنتها بالفقه الإسلامي .

منهج الدراسة

هو المنهج الاستقرائي التحليلي التطبيقي . وقسم الباحث دراسته إلى أربعة فصول: ففي الفصل الأول : تناول الدفوع التي يجب إبداؤها قبل السير في الدعوى . وفي الفصل الثاني : تناول الدفوع التي تدفع بها

المحكمة أو أحد الخصوم بعد السير في الدعوى . وآثار الدفوع في الفصل الثالث ، وتطبيقات قضائية في الفصل الرابع .

أهم نتائج الدراسة

١) الدفع في اللغة يقرب من المعنى الاصطلاحي فيشتركان في معنى المنع .

٢) حقيقة الدفع دعوى ثانية في مقابلة الدعوى الأصلية .

٣) أعرض المنظم عن تقسيم الدفوع إلى شكلية وموضوعية ومختلطة، بل أوجب إبداء بعضها قبل السير في الدعوى، وجوز بعضها حتى بعد السير في الدعوى .

٤) ذكر المنظم الدفوع الواجب إبداؤها قبل سير الدعوى ، وكذلك التي يجوز إبداؤها قبل سير الدعوى أو بعده بدون حصر.

أوجه الشبه والاختلاف

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في تناول الدفع في نظام المرافعات الشرعية، وتتفقان أيضاً من حيث المنهج أيضاً، وهو المنهج الاستقرائي التحليلي التطبيقي .

وتختلفان في كون هذه الدراسة تناولت الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي وفي الفقه الإسلامي على إجمال ، ولم ينل الدفع بعدم قبول الدعوى بالدراسة الوافية . بينما الدراسة الحالية تركز على أحد أنواع الدفوع، وهو الدفع بعدم قبول الدعوى بشكل مفصل .كما أنهما تختلفان من حيث أن الدراسة الحالية بها جانب مقارنة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وهذا مما يميزها أيضاً عن هذه الدراسة .

الدراسة الخامسة

عنوانها : دفع الدعوى في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في نظام المرافعات الشرعية السعودي .

مؤلفها : علي بن حسن جعفر العتمي .

درجتها : بحث تكميلي لنيل الماجستير من جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية عام١٤٢٥هـ .

أهداف الدراسة

١) بيان الدفوع التي تتعلق بإجراءات الالتجاء للقضاء .

٢) بيان الشروط المطلوبة لقبول الدفوع .
٣) معرفة الدفوع التي توجه إلى موضوع الطلب بقصد تفنيده وعـــدم الحكم به .
٤) بيان أهمية الدفع بانعدام الصفة أوالأهلية أو المصلحة .
٥) معرفة الآثار المترتبة على الدفع ببطلان صحيفة الدعوى .

منهج الدراسة

المنهج الاستقرائي التحليلي التطبيقي . وقسم الباحث دراسته إلى أربعة فصول : ففي الفصل الأول : تناول فيه بيان فقه الدعوى في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي . ودفع الدعوى في الفقه الإسلامي في الفصل الثاني . أمَّا الفصل الثالث : فتناول دفع الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، بالإضافة لفصل تطبيقي ثم الخاتمة .

أهم نتائج الدراسة

١) الدفع حق لطرفي الخصومة .
٢) المدعى عليه مكلف برد الخصومة عن نفسه ، حيث هو المكلف بالجواب على الدعوى ، ولا يقبل الدفع من غيره إلا أن يكون وكيلاً ، أو وارثاً أو ولياً، أو وصياً أو متولي وقف ، أو من يترتب على إقراره حكم .
٣) يثبت دفع الدعوى بالإقرار والبينة والنكول حيث يثبت دفع المدعى عليه بإقرار المدعي بدعوى الدفع من خصمه.
٤) برزت نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي محتوية لكل الإجراءات المنظمة للدفع بدرجاته مستمدة من نصوص الشريعة الإسلامية .

أوجه الشبه والاختلاف

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في تناول الدفع في نظام المرافعات الشرعية، وتتفقان أيضاً من حيث المنهج ، وهو المنهج الاستقرائي التحليلي التطبيقي .

وتختلفان في كون هذه الدراسة تناولت الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي وفي الفقه الإسلامي على إجمال ، ولم يحظ الدفع بعدم قبول الدعوى بالدراسة الوافية . بينما الدراسة الحالية تركز على أحد أنواع الدفوع، وهو الدفع بعدم قبول الدعوى بشكل مفصل .كما أنهما تختلفان من حيث إن الدراسة الحالية بها جانب مقارنـة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، وهذا مما يميزها أيضا عن هذه الدراسة .

التعقيب على الدراسات السابقة

بناء على ما سبق يتضح أن موضوع الدراسة الحالية لم يسبق دراسته وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي والفقه الإسلامي كدراسة تفصيلية عن هذا الدفع . ويتعرض الباحث لمفهوم الدفع بعدم القبول وعناصر الدعوى في النظام والفقه مقارناً بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، وبيان طبيعة هذا الدفع وحقيقته ومركزه بين أنواع الدفوع الأخرى ، ومدى علاقة هذا الدفع بفكرة النظام العام ، ومدى إثارته من قبل سلطة المحكمة والخصوم ، ومدى الطعن في الحكم الصادر بعدم القبول .

بالإضافة لدراسة تطبيقية عن هذا الدفع باختيار عشر قضايا صادرة من بعض محاكم منطقة الرياض؛ لإجراء العلاقة بين الجانب النظري والتطبيقي .

والاستفادة من الرسائل المشار لها أمر وارد فيما يتعلق ببعض جوانب الموضوع .

المبحث الثالث

تنظيم فصول الدراسة

تشمل الدراسة ـ عدا المقدمة والفصل التمهيدي ـ على أربعة فصول وخاتمة

الفصل الأول : مفهوم الدفع بعدم القبول وعناصر الدعوى في الفقه والنظام والقانون

يتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في اللغة والفقه والنظام والقانون

يتضمن خمسة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في اللغة
المطلب الثاني : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه
المطلب الثالث : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في النظام
المطلب الرابع : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في القانون
المطلب الخامس : المقارنة

المبحث الثاني : الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى

يتضمن ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى في الفقه والنظام
المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى في القانون
المطلب الثالث : المقارنة

المبحث الثالث : الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في الفقه
المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في النظام
المطلب الثالث : الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في القانون
المطلب الرابع : المقارنة

المبحث الرابع : الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية في الفقه
المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية في النظام

المطلب الثالث : الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية في القانون
المطلب الرابع : المقارنة

الفصل الثاني : طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون

يتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول:علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية (الشكلية)

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية في الفقه
المطلب الثاني : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية في النظام
المطلب الثالث : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية في القانون
المطلب الرابع : المقارنة

المبحث الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في الفقه
المطلب الثاني : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في النظام
المطلب الثالث : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في القانون
المطلب الرابع : المقارنة

المبحث الثالث : الدفع بعدم القبول كدفع مستقل

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في الفقه
المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في النظام
المطلب الثالث : الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في القانون
المطلب الرابع : المقارنة

الفصل الثالث : آثار الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون

يتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول : الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في الفقه
المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في النظام
المطلب الثالث : الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في القانون
المطلب الرابع : المقارنة

الفصل الأول

الفصل الأول

مفهوم الدفع بعدم القبول وعناصر الدعوى في الفقه والنظام والقانون

يتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في اللغة والفقه والنظام والقانون

المبحث الثاني : الدفع بعدم القبول والحق في الـــدعوى

المبحث الثالث : الدفع بعدم القبول وشـــرط المصلـــحة

المبحث الرابع : الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية

المبحث الأول

مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في اللغة والفقه والنظام والقانون

يتضمن خمسة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في اللـغة

المطلب الثاني : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه

المطلب الثالث : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في النظام

المطلب الرابع : مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في القانون

المطلب الخامس : المقارنة

المطلب الأول

مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في اللغة

يُنظر إلى تعريف الدفع بعدم قبول الدعوى من الجانب اللغوي إلى اعتبارين : الأول : باعتباره مركباً يتكون من أربع كلمات ، والثاني : باعتباره لقباً على هذا الموضوع . وبيان تعريفها على هذين الاعتبارين على النحو التالي :

١ـ الدَّفْع : هو من الفعل الثلاثي ؛ لأن " الدال ، الفاء ، العين ":أصل واحد مشهور ، يدلُّ على تنحية الشيء . يُقال دَفَعْتُّ الشيء أدْفَعُهُ دَفْعَاً ، ودَافَعَ الله عنه السُّوءَ دِفاعَاً [١] . والدَّفْعُ :الإزَالة بقوة [٢]. تقول دَفَعْتُهُ دَفْعَاً نَحَّيْتُهُ فَانْدَفَع ، ودَفَعْتُّ عنه الأذى ودافعت عنه مثل : حاججت . ودَافَعْتُهُ عن حَقِّهِ ماطلته ، وتَدافَع القوم دَفَعَ بعضهم بعضاً ، ودَفَعْتُ القول رددته بالحجة [٣]. ودفعه ، وإليه ، وعنه الأذى كمنع دَفْعَاً ومِدْفَعَاً [٤] .

٢ـ بعدم : " العَدَمُ والعُدْمُ والعُدُمُ : فقدان الشيء وذهابه " [٥].

٣ـ قبول : مصدر للفعل قَبلَ يُقال قَبِلْتُّ الشَّيْءَ قَبُولاً وقُبُولاً إذا رضيته [٦].

٤ـ الدَّعْوَى : اسم لما يدعيه ، ولها معان عديدة ، منها الزَّعْمُ ، تقول ادعيت الشيء : زَعَمْتُهُ لي حقاً كان أو باطلاً [٧]. ودَعْوَى فلان كذا قوله ، وادَّعَيْتُ الشَّيْءَ تمنيته ، وادَّعَيْتُهُ طَلَبْتُهُ لنفسي ، والاسْمُ (الدَّعْوَى) ، وقد يتضمن الادِّعَاءُ معنى الإخبار. يُقال فلان يدَّعي بكرم فعاله أي يُخبر بذلك عن نفسه . وجمع الدَّعْوَى دَعَاوَى ودَعَاوي بكسر الواو وفتحها [٨].

والمفهوم اللغوي للدفع بعدم القبول ؛ يوضح أن ثمة شيءٌ ما يمنع من قبول طلب صاحبها .

---

(١) ابن فارس، أحمد : معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ،(دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ) ، جـ ٢ ، ص ٢٨٨، باب الدال والفاء وما يثلثهما ، مادة (دفع) .

(٢) ابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان العرب ، جـ ٨ ، ص ٨٧ ،باب العين فصل الدال، مادة (دفع) .

(٣) الفيومي ، أحمد بن محمد: المصباح المنير، ص ١٩٦، كتاب الدال ، مادة (دفع) .

(٤) الفيروز أبادي ، محمد بن يعقوب : القاموس المحيط ، ص ٩٢٤،باب العين فصل (الدال).

(٥) ابن منظور ، محمد بن مكرم:لسان العرب،جـ ١٢،ص ٣٩٢، باب الميم فصل العين ، مادة (عدم) .

(٦) المرجع السابق ، جـ ١١ ، ص ٥٤٠ ، باب اللام فصل القاف ، مادة (قبل) .

(٧) المرجع السابق ، جـ ١٤ ، ص ٢٥٧ ، ٢٦١، باب الياء فصل الدال ، مادة (دعا) .

(٨) الفيومي ، أحمد بن محمد: المصباح المنير، ص ١٩٥، كتاب الدال ، مادة (دعوت) .

المطلب الثاني

مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه

لم يصرح المتقدمون من الفقهاء بتعريف محدد للدفع في مجال الدعاوي والخصومات؛ لوضوح معناه لديهم باعتباره نوعاً من الدعاوي، يأتي كوجه من أوجه الجواب على الدعوى باعتباره يقصد به أحد أمرين : إمَّا إسقاط الخصومة عن المطلوب وإثبات عدم صحة توجيه المطالبةإليه، أو إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجه أي حق له على المطلوب [1].

وانطلاقاً من هذا المفهوم عرَّفه بعض المحدثين من الفقهاء والباحثين في مجال الفقه والقضاء؛ فمن أهمها :

١ـ عرَّفته مجلة الأحكام العدلية بأنه : " الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي "[2].

٢ـ عرَّفه الشيخ علي محمود قراعة بقوله : " الدفع هو دعوى من قبل المدعى عليه،أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه، يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي "[3].

٣ـ عرَّفه الشيخ عبد الحكيم محمد السبكي بأنه : " هو أن يأتي أحد الخصمين بدعوى تناقض دعوى الآخر، فمتى ثبتت إحداهما بطلت الأخرى " [4].

٤ـ عرَّفته مجلة الأحكام الشرعية بأنه : " دعوى يأتي بها المدعى عليه في جوابه تدفع دعوى المدعي " [5].

٥ـ عرَّفه محمود محجوب أبو النور بأنه : " دعوى من المدعى عليه أو ممن له شأن في الدعوى، في مقابلة دعوى المدعي ، متى ثبتت وجب على القاضي الحكم بما قام عليه الدليل ؛ لشموله ، ولتحديده عبء إثباته على

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٥٨٦ .

(٢) المادة (١٦٣١) من مجلة الأحكام العدلية ، شرح سليم رستم باز (تصوير دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، د.ت) ، ص ٩٢٧ .

(٣) قراعة ، علي محمود : الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، (مطبعة النهضة ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٣٤٤هـ) ، ص ٥٤.

(٤) السبكي ، عبد الحكيم بن محمد : المرافعات الشرعية ، (المطبعة الجمالية ، القاهرة ، مصر ، د.ط ،١٣٢٩هـ) ، ص٤٨ .

(٥) القارئ ، أحمد بن عبد الله : مجلة الأحكام الشرعية ، تحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم علي ،(مطبوعات تهامة ، مكة المكرمة ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠١هـ)، مادة ٢٠٩٨ ، ص ٦١٠ .

الدافع ، وإلزام القاضي الحكم بمقتضى الدليل " (١).
ويلاحظ تقارب التعاريف الاصطلاحية الفقهية للدفع، ويستنتج منها ما يلي :

١ـ يعتبر الدفع عند الفقهاء دعوى في حد ذاته؛ لأنه ادعاء جديد يقدمه المدعى عليه أو ممن ينتصب خصماً عنه؛ يُطالب بإثباته، ويشترط فيه ما يشترط في الدعوى الأصلية (٢).

٢ـ رغم اتفاق الفقهاء على أن الدفع يعتبر دعوى في حد ذاته، ويشترط فيه ما يشترط في الدعوى، إلا أنهم يتفقون أيضاً على أنه لا يقع ابتداء كما في سائر الدعاوي، على اعتبار أنه وجه من أوجه الجواب على الدعوى، فيشترطون أن تسبقه دعوى أصلية . ولا يُعد الدفع في الفقه الإسلامي مجرد جواب على دعوى المدعي بالإنكار؛ لأن الإنكار لا يعتبر من قبيل الدفع إذ يقع هو والدفع في معرض الجواب عن الدعوى (٣).

٣ـ أورد الفقهاء نوعين من الدفوع هما : دفع الدعوى وهذا يُقابل الدفع الموضوعي في القانون . والنوع الثاني : دفع الخصومة ، وهو ما يُقابل الدفع بعدم القبول .

٤ـ لم يُقم الفقهاء تفرقة بين الدفوع ، إلا أنه يمكن استنتاجها من أمثلتهم التي أوردوها ضمن مؤلفاتهم (٤).

٥- لم يتناول الفقهاء في تحديدهم لمفهوم الدفع نوعاً من الدفوع اهتم بها كثيراً المقنن الوضعي وفقهاؤه ،ألا وهو الدفوع الشكلية(٥). وهو محل دراسة مقبلة.

٦ـ لم يذكر الفقهاء صوراً أخرى من الدفوع مثل : عدم توافر شرط من شروط الدعوى ، معتبرين أنها من الواجبات التي يتعين على القاضي القيام بها، حيث ينظر فيها قبل أن يبدأ في فصل الدعوى من حيث موضوعها، فإن وجد نقصاً يمكن تصحيحه طلب من المدعي إجراءه ، وإلا فإنها لا تقبل ولا تسمع (٦) .

وأرى أن ما يقوم به القاضي هو في حقيقته رد لدعوى المدعي؛ لتخلف شرط من شروط قبولها ؛ فهو يعني الدفع بمعناه اللغوي .

---

(١) أبو النور، محمود بن محجوب : نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي ، (الدار السودانية للكتب ، الخرطوم ، السودان ، د.ط ، ١٤٢٠هـ) ، ص ٣٠.
(٢) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٥٨٧ .
(٣) المرجع السابق ، ص ٥٨٧.
(٤) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ١٢٦.
(٥) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٥٨٧ .
(٦) المرجع السابق ، ص٦٢٤ وما بعدها .

هذا الدفع من جانب القاضي لا يكون دعوى ؛ إذ لا يتصور أن ما يقوم به نوع من الدعاوي بحيث يصبح فيها خصماً . وعليه يمكن فهم الدفع عند الفقهاء بمفهومين مختلفين : الأول : ما يقوم به القاضي من رد الدعوى من تلقاء نفسه؛ لتخلف شرط من شروط قبولها يكون دفعاً في صورة حكم قضائي، ولا يُعد دعوى في حد ذاته . والثاني : ما يقوم به المدعى عليه من رد لدعوى خصمه، هو دفع يستلزم منه إثباته ؛ لأنه دعوى في حد ذاته.

و قد يرد سؤال على ما سبق وهو تناول الفقهاء لمسألة دفع الخصومة، وهي تتعلق بشرط من شروط الدعوى وهو صفة المدعى عليه؛ فلماذا اشتُرط أن يثيره المدعى عليه وليس القاضي ؟

أجاب الاستاذ الدكتور محمد نعيم(١) بقوله : " نعتقد أن السبب في ذلك هو أن الشرط في ظاهر الأمر متحقق في تلك الصورة، وذلك أن المدعى عليه في صورة الدفع التي ذكروها يحوز العين المدعاة، فهو الخصم في ظاهر الأمر، وأمَّا الواقع الذي يتستر وراء هذا الظاهر؛ فلا يستطيع القاضي اكتشافه ولا هو مكلف به . فإن أراد المدعى عليه دفع الخصومة عن نفسه وجب عليه أن يكشف بنفسه ذلك الواقع، فيكون عندئذ مدعياً لخلاف الظاهر، فتطلب منه البيِّنة أو إقرار المدعي " .

ويمكن تعريف الدفع بمعناه العام على ما يقوم به القاضي من رد لدعوى المدعي؛ لتخلف شرط من شروط قبولها، أو ما يقوم به المدعى عليه أو من يمثله من رد على دعوى المدعي، بقصد إبطال دعوى المدعي أو إنكار حق المدعي في استعمال دعواه أو إنكار صحة الإجراءات التي رفعت بها .

ويمكن تلمس ثلاثة أنواع من الدفوع في الفقه هي :

١ـ الدفع الذي يُقصد به إبطال دعوى المدعي، حيث يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبه، ويترتب عليه إنهاء الدعوى، ومنع المدعي من التعرض ثانية للمدعى عليه . ومثاله : أن يدعي المدعى عليه في دعوى العين أنه اشتراها من المدعي وقبضها منه،أو وهبها له وقبضها أو بأي سبب شرعي، ويثبت ذلك ويوضح انتقالها إليه(٢) .

---

(١) نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٦٢٥.

(٢) القليوبي ، أحمد بن أحمد سلامة : حاشيته على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج مطبوع مع حاشية عميره ،(مطابع عيسى الحلبي ، القاهرة ، مصر ، د.ط ، د.ت)،جـ ٤،ص ٣٣٧.
قراعة ، علي محمود : كتاب الأصول القضائية ، ص ٥٥.

وهذا دفع موضوعي للدعوى ينصب على أصل الحق ؛ بهدف إبطاله وهدمه[1].
٢ــ الدفع المتعلق بالإجراءات مثل : الدفع بعدم الاختصاص أي أن الخصومة خارجة عن ولاية القاضي[2].
هذا الدفع يطلق عليه في القانون الدفع الشكلي أو الإجرائي، فهو" ما يوجهه المدعى عليه من طعن في الإجراءات الشكلية التي يُطلب من المدعي القيام بها قبيل وأثناء السير في الدعوى لكي تنتج آثارها " [3].
ولم يشر الفقهاء إلى هذا الدفع ، وإنما تناولوه ضمن تخصيص القضاة بالزمان والمكان، وما وضعوه من شرائط للقضاة [4].
٣ـ الدفع بعدم قبول الدعوى : لم يتعرض الفقهاء لتعريفه، رغم أن له أصلاً لديهم ، وإن تعددت مسمياته حيث ذكره الفقهاء كما في قولهم :
١ـ " ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره ــ وهذا في دعوى الدين لا العين ــ لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة . والإلزام في المجهول لا يتحقق " [5].
٢ـ أيضاً لو ادعت امرأة نكاح رجل فقط دون أن تذكر معه حقاً من حقوق النكاح لم تقبل دعواها ، ولا تسمع دعواها لحق غيرها[6] . وعند بعضهم تسمع لأنه سبب لحقوق لها [7] .
٣ـ " ولو كان في يده صغيرة ، فادعى نكاحها لم تقبل دعواه ، ولا يخلى بينه وبينها إلا أن تكون بيِّنة ؛ لأن النكاح لا يثبت إلا بعقد وشهادة " [8].
٤ـ " فإذا ادعى مدع آخر عينا احتاج قبل هذه الدعوى إلى تقرير بثبوت يده عليها حقيقة أو حكما ، فإذا تقرر ذلك ادعى استحقاقها ولا بد من هذا

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٥٨٨.
(٢) السرخسي ، شمس الدين : المبسوط ، جـ ١٦ ، ص ٩٨ .
(٣) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٥٩٤.
(٤) السرخسي ، شمس الدين : المبسوط ، جـ ١٦ ، ص ١٠٧ .
(٥) قودر ، شمس الدين أحمد : تكملة شرح فتح القدير ، جـ ٨ ، ص ١٦٤ .
العيني ، محمود بن أحمد : البناية في شرح الهداية ، (دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٤١١هـ) ، جـ ٨ ، ص ٣٨٩ .
(٦) البهوتي ، منصور بن يونس : الروض المربع ، (مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، السعودية ، د.ط ، ١٣٩٠هـ) ، جـ ٣ ، ص ٤٠٠ .
(٧) ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد: المغني ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو ،(هجر للطباعة ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٤١٣هـ) ، جـ ١٤ ، ص ٢٧٧ .
(٨) ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد: الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، (المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ) ، جـ ٤ ، ص ٥١٠ .

ولا يكفي إقراره ، فإن كانت هذه الدعوى الأولى مقبولة من غير شرط وهي أن يدعي عليه ثبوت يدع على الحق قبل أن يدعي استحقاقه لم يتم. وشروطها ثبوت يد المدعي عليه الخ ؛ لأنه قد وجدت دعوى مقبولة من غير هذا الاشتراط ، وإن كانت هذه الدعوى غير مقبولة احتاجت دعوى ثبوت اليد إلى دعوى قبلها وتسلسل الأمر والتسلسل باطل فهذا الاشتراط باطل" (١).

يلاحظ من الأمثلة السابقة استخدام الفقهاء لمصطلح عدم القبول عند تخلف شرط من شروط قبول الدعوى .

وقد ذكر الفقهاء هذا الدفع بمسمى آخر وهو :عدم سماع الدعوى، وهو المسمى الأكثر شيوعاً في كتبهم ، فإذا ما ذكر عدم القبول؛ فإنه يعني عدم السماع ، وإن ذكر عدم سماع الدعوى يعني عدم قبولها ؛ كونهم اشترطوا شروطاً لسماع الدعوى وقبولها، فإن تخلف منها شرط ترتب عدم قبول الدعوى أي عدم سماعها، ومن ذلك قولهم :

١ـ " لو قال : لي عليه شيء لم تسمع دعواه لأنها مجهولة "(٢).

٢ـ لو قال : أظن أن لي عليه ألفاً لا تسمع الدعوى كونها غير محققة ، ولتعذر الحكم بالمجهول (٣) .

٣ـ " وليس للحاكم أن يسمع الدعوى على ما لا يصح إقراره ، فلا تسمع على السفيه " (٤) .

وقد ذكر الفقهاء هذا الدفع أيضاً بمسمى آخر وهو: دفع الخصومة عن المدعى عليه دون التعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه (٥).ومثاله : أن يدفع المدعى عليه الخصومة عن نفسه بأن يده ليست يد خصومة،وإنما يد حفظ ونحو ذلك (٦) . فالمدعى عليه دفع الخصومة عن نفسه؛ كونه ليس ذا صفة،لأنه ممن لا يصح إقراره ولا يترتب عليه حكم، وعليه فليس

---

(١) الشوكاني ، محمد علي : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، تحقيق محمود إبراهيم زايد ، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ) ، جـ ٤ ، ص١٤٢.

(٢) ابن فرحون ، إبراهيم بن علي : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام ،تحقيق جمال مرعشلي ،(دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، طبعة ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م)، جـ ١ ، ص ١٠٨.

(٣) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١١٠.

(٤) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص١١٤.

(٥) ياسين ، محمد نعيم ، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٥٨٨ .

(٦) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي ، حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٦٤. ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : البحر الرائق ، (دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، د.ت) ، جـ ٧ ، ص ٢٢٨ .

للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره [١] .

وقد اعتبر الدكتور ناصر محمد الغامدي أن دفع الخصومة،هو دفع شكلي في أكثر حالاته ، وفي بعض صوره من الدفوع المتضمنة عدم قبول الدعوى [٢] ؛ وذلك لأن الدفع بعدم القبول لا يمس أصل الحق، وإنما يدفع الخصومة عن المدعى عليه؛ ليس لخلل أو عيب في إجراءات الخصومة ، وإنما يُنكر فيها الخصم سلطة أو حق المدعي في استعمال دعواه ؛ لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى . أمَّا الدفع الشكلي فهو وإن كان يدفع الخصومة عن المدعى عليه؛ فلخلل أو عيب في الإجراءات المطلوبة من المدعي القيام بها لكي تنتج آثارها، وهذا الدفع أيضاً لا يمس أصل الحق ، وليس فيه إنكار لسلطة الخصم أو حقه في الدعوى [٣].

وأرى أن دفع الخصومة يصح إطلاقه عليهما ، إلا أنه في أكثر حالاته هو من قبيل دفوع عدم قبول الدعوى ؛ لأن الدفع الشكلي يضيق نطاقه عند الفقهاء [٤] .

---

(١) ابن فرحون ، إبراهيم بن علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص١١٤.

(٢) الغامدي ، ناصر بن محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية تأصيلية ، (بحث محكم ومنشور في مجلة المجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة ، العددين السابع عشر والثامن عشر ومطبوع ، دار ابن الجوزي ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٨هـ)، ص ٣٣.

(٣) ياسين ، محمد نعيم ، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٥٩٤.

(٤) المرجع السابق ، ص ٦٠٤ .

المطلب الثالث

مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في النظام

لم يضع المنظم تعريفاً للدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي، رغم أنه عالج هذا النوع من الدفوع في المادة (٧٢) . وأطلق عليه في نفس المادة اسماً آخر وهو: الدفع بعدم سماع الدعوى ؛ اقتداء بالفقه الإسلامي في تعبيره عن الدفع بعدم القبول بعدم سماع الدعوى، إلا أن أحد شراح النظام يعتبر أن الدفع بعدم سماع الدعوى هو نوع من أنواع الدفع بعدم القبول [١]. وهو ما يُفهم من صياغة تلك المادة .

عرَّف أحد شراح هذا النظام الدفع بمعناه العام بأنه : " قول يأتي به المُدَّعَى عليه لمواجهة دعوى المُدَّعِي . وأن الدفع هو وسيلة المدعى عليه في دفع الدعوى " [٢] .

ورغم أن الدفع هو : وسيلة جائزة في حق المدعى عليه لمواجهة دعوى خصمه، إلا أنه يُعتبر دعوى في حد ذاته . ويدل على هذا المعنى ما أوردته المادة الخامسة والستون من نظام المرافعات الشرعية السعودي، حيث نصَّت على أنه : " إذا دفع أحد الطرفين بدفع صحيح وطلب الجواب من الطرف الآخر فاستمهل لأجله ، فللقاضي إمهاله متى رأى ضرورة ذلك، على أنه لا يجوز تكرار المهلة لجواب واحد إلا لعذر شرعي يقبله القاضي " . فهذه المادة تتعلق بالدفع الموضوعي المتعلق بموضوع الدعوى .

وقد اشترط هذا النظام لدعوى الدفع ما اشترطه للدعوى الأصلية، حيث ساوت المادة الرابعة من هذا النظام بين الطلب والدفع في عدم قبولهما؛ ما لم تكن لصاحبه فيه مصلحةٌ قائمة مشروعة .

ونتيجة لذلك اعتبر أحد الباحثين أن نظام المرافعات الشرعية السعودي قد أخذ بمقتضى القاعدة الفقهية للدعوى القضائية < الدفع بالدعوى > [٣] .

---

(١) دويدار ، طلعت بن محمد ومحمد علي كومان : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، ١٤٢٢هـ) ، جـ ١ ، ص ٣٦٤ .

(٢) آل خنين ، عبد الله بن محمد : الكاشف في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، (دار التدمرية ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٧هـ) ، جـ ١ ، ص ٣٣ .

(٣) آل الشيخ ، حسين عبد العزيز : القواعد الفقهية للدعوى القضائية وتطبيقاتها في النظام القضائي في السعودية (رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه من قسم الفقه المقارن بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عام ١٤٢٠هـ ، دار التوحيد للنشر =

والدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام وفقاً للمادة الرابعة والمادة الثانية والسبعين من النظام ؛ دفوع يحكم فيها القاضي من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصم ذلك(١) .

ويترتب على ذلك أن الدفع في مثل هذه الحالة لا يُعد دعوى ؛ لأنه لا يتصور أن يكون القاضي طرفاً في الخصومة . كما أن تمسك الخصم بهذه الدفوع أمام القاضي ما هو إلا تنبيه للقاضي للقيام بواجبه الذي كان عليه أن يلتفت إليه دون أن ينبهه الخصم إلى ذلك (٢).

والدفوع الإجرائية الغير متعلقة بالنظام العام الواردة في المادة الحادية والسبعين من نظام المرافعات تكون إثارتها من قبل الخصم ؛ لتعلقها بالمصلحة الخاصة، فهي أيضاً لا تعدو إلا أن تكون تنبيهاً من الخصم للقاضي؛ لينظر فيها، ومن ثم فهي ليست دعوى .

وقد أعرض المنظم عن فكرة تقسيم الدفوع تاركاً المجال لشراح النظام؛لاستقصاء ذلك من خلال نصوصه .

وتصدى عبد الله آل خنين لبيانها من جهة موضوعها؛ فقسمها لثلاثة أنواع : دفع الدعوى (الدفع الموضوعي)، ودفع الخصومة(الدفع بعدم قبول الدعوى)، والدفع الإجرائي (٣).

وعرَّف دفع الخصومة بأنه : " قول يأتي به المُدَّعَى عليه رداً على الدعوى ليدفع به الخصومة بما يردها عنه دون التعرض لموضوع الدعوى بتصديق أو تكذيب .

فهو يريد به عدم سماع الدعوى ؛ لانخرام شرط من شروطها الأساس الذي يؤدي فقدانه إلى بطلان الدعوى ، وعدم إمكان تصحيحها ، أو نقصانها وعدم السير فيها ما دامت على تلك الحال إلا بعد تصحيحها .

وهذه الدفوع منها ما يمنع سماع الدعوى مطلقاً ، ومنها ما يمنع سماع الدعوى مؤقتاً ما دامت على تلك الحال ، وأنه متى صححت سمعت " (٤).

ومثال الدفع المطلق للخصومة الذي يمنع سماع الدعوى مطلقاً : كأن يدفع المدعى عليه الدعوى بأنه سبق الفصل فيها بحكم ، أو أن الدعوى

= الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٨هـ) ، جـ ٢ ، ص ٨٥٧.

(١) آل خنين ، عبد الله بن محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ،جـ ١، ص ٣٦٢.

(٢) دويدار ، طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي،(دار حافظ للنشر ، جدة ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٨هـ) ، ص ١٨٤.

(٣) آل خنين ، عبد الله بن محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ،جـ ١، ص ٣٥٣ .

(٤) المرجع السابق ، جـ ١، ص ٣٥٤ .

حيلة ولا حقيقة لها . ومثال الدفع المؤقت للخصومة : كالدفع بعدم أهلية الخصم فيها،أو أنها رفعت على غير ذي صفة ، ونحو ذلك من الدفوع التي تدفع الخصومة مؤقتاً ويعاد السير في الدعوى متى ما تم تصحيحها[١] .

ويمكن تعريف الدفع بعدم قبول الدعوى وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي بأنه : رد لدعوى المدعي من قبل القاضي أو من قبل المدعى عليه ؛ لتخلف شرط من شروط قبولها .

ولا يَردُ عدم القبول على الدعوى فحسب ، وإنما قد يرد أيضاً على الدفع أو التدخل أو الطلبات العارضة أو في الطعن بالحكم[٢] .

---

(١) آل خنين ، عبد الله بن محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ١ص ٣٥٤وما بعدها .

(٢) انظر : المادة (٤) ، والمادة (٧٧) ، والمادة (٧٨) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

المطلب الرابع

مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى في القانون

أعرض قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري عن تعريف الدفع بعدم قبول الدعوى تاركاً ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء.

وعليه فقد أورد بعض شراح القانون عدة تعاريف للدفع بمعناه العام من أهمها :

١ـ " يطلق اصطلاح الدفع بمعناه العام على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً إياها " (١) .

٢ـ هو : " طريق لاستعمال الدعوى ومباشرتها أمام المحاكم بقصد الدفاع في خصومة قائمة " (٢) .

٣ـ هو : " ما يجيب به الخصم على دعوى خصمه " (٣) .

٤ـ هو : " تمسك الخصم أمام المحكمة بما يؤدي إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه، أو تأخير هذا الحكم " (٤).

ومن تعاريفهم للدفع بمعناه الخاص في قانون المرافعات مايلي :

١ـ هو : " جواب المدعى عليه على الدعوى بإنكارها، أو بإنكار جواز قبولها أو سماعها، أو بإنكار صحة الإجراءات التي رفعت بها، أو اختصاص المحكمة المرفوعة إليها " (٥) .

٢ـ هو : " رد على طلب المدعي وجواب عليه يقصد به إخفاق المدعي في طلبه إما برفض هذا الطلب، وإما بمنع المحكمة من النظر فيه نهائياً أو بصفة مؤقتة " (٦) .

---

(١) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١١.

(٢) النمر ، أمينة مصطفى : أصول المحاكمات المدنية ، (الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر د.ط ، ١٩٨٥م) ، ص ١٢٤ .

(٣) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، (طبعة نادي القضاة ، القاهرة ، مصر الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٥م) ، جـ ٢ ، ص ٨٧٢.

(٤) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات " ، (دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٦م) ، ص ٤١٢.

(٥) مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٥٦٥ .

(٦) النمر ، أمينة مصطفى : أصول المحاكمات المدنية ، ص ١٢٤ .

وقد عرَّفت محكمة النقض المصرية الدفع بأنه : " دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن يمثل المدعى عليه خصماً عنه بقصد أو إبطال دعوى المدعي،بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ويعود المدعي الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع " [١].

ومن مفهوم الدفع في الفقه القانوني والقضاء يُمكن استنتاج الآتي:

١ـ اختلف شراح القانون في مفهوم الدفع إلى رأيين :

الرأي الأول :

يعتبر أصحابه أن الدفع هو : وسيلة أو جميع وسائل الدفاع التي يجوز للمدعى عليه الاستعانة بها، للإجابة على دعوى المدعي[٢].وهي في نظرهم وسيلة سلبية أو دفاعية [٣]؛ لأن الخصم لا يستهدف سوى تفادي الحكم عليه بطلب خصمه [٤]. وعليه فإن إنكار الدعوى من قبل المدعى عليه يعتبر وفقا لهذا الرأي من قبيل الدفع؛ كونه موقفاً سلبياً يتخذه المدعى عليه ضد دعوى خصمه [٥].

الرأي الثاني :

يرى أصحابه أن : " الدفع ليس مجرد إنكار للدعوى أو موقفاً سلبياً يتخذه المدعى عليه، وإنما يتضمن ادعاء أيضاً كالطلب . فالمدعى عليه الذي يدفع بالمقاصة القانونية مثلاً الحصول على ميزة يخولها حق قانوني، وإن كان الادعاء في الدفع يُبدى رداً على ادعاء سابق، أي يثور بمناسبة دعوى قائمة أمام المحكمة " [٦] .

ولمَّا كان الدفع هو : ادعاء من جانب المتمسك به أي باعتباره دعوى في حد ذاته، فإنه يلزم لقبوله توافر الشروط العامة لقبول الدعاوى، فضلاً عن توافر الشروط الخاصة بقبول الدفع بصفة خاصة . فالمتمسك بالدفع ينبغي أن تكون له مصلحة فيه وذا صفة أي أن يُبدى من صاحب الحق في

---

(١) الطعن رقم (٢١) لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٦/٤/٧م س٢٧ص٨٩٥ . انظر : الفكهاني ، حسن وعبد المنعم حسني : الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١م ، (الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، مصر ، طبعة ١٩٨٢م ، الإصدار المدني)، جـ ٦ ، ص ٤٣٠.

(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١١.
فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات " ، ص ٤١٢.

(٣) عمر ، نبيل إسماعيل وأحمد خليل وأحمد هندي : قانون المرافعات المدنية والتجارية ،(دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، ٢٠٠٤ م) ، ص٣٠٢.

(٤) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١١.

(٥) مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٥٦٥ .

(٦) النمر ، أمينة مصطفى : أصول المحاكمات المدنية ، ص ١٢٤ .

التمسك به أو من يمثلـه، و يجب أن يتم التمسك بالـدفع فـي الميعـاد المعين المحدد له كوجوب التمسك بالدفع الإجرائي قبل التكلم في الموضوع [١] .

هذا الرأي مطابق لما قررتـه محكمـة النقض من أن الـدفع،هو دعـوى من قبل المدعى عليه أو من يمثله كرد على دعوى الخصم [٢].

ويعتبـر قـانون المرافعـات المدنيـة والتجاريـة المـصري الـدفع أيـضاً دعوى في حد ذاته، حسب مـا يُفهـم من المـادة الثالثـة منـه علـى أنـه لا يقبل طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يُقرها القانون . وهذا يعني أنه يُشترط لقبول الدفع ذات الشروط التي يتطلبها القانون في الدعوى[٣].

وأرى أن الرأي الثاني هو الـصحيح ،لأن المـدعى عليـه بعد تقديم دفعـه الصحيح يتغير مركزه إلى مدعي ويعود المدعي الأول مـدعياً ثانيـاً . وهذا التغير هو مـا تحدثـه الـدعوى ، إلا أنـه ينبغـي الأخذ فـي الاعتبـار أن الأمـر ليس على إطلاقه؛ لأن هذا خاص في الدفوع الموضوعية وبعض الحـالات من دفوع عدم القبول والدفع الإجرائـي؛ ولأن الـدفع الـذي يثيـره القاضـي لا يكون دعوى في حد ذاته وإنما حكماً يتضمن دفعاً للدعوى .

ولا أرى أيضاً مانعاً من كون الدفع وسيلة من وسائل الدفاع في الخـصومة طالما يُفهم منها أنها دعوى في حد ذاتها .

٢ـ يلاحـظ إغفـال التعـاريف الـسابقة للـدفع بمعنـاه الخـاص فـي اصـطلاح قانون المرافعات عن الإشارة للدفع المتعلق بالنظـام العـام الـذي يتعين علـى القاضي إثارته من تلقاء نفسه دون انتظار إثارته من قبل أحد الخصوم .

٣ـ تُقسم الدفوع في قانون المرافعات إلى ثلاثة أقسام :

أولاً : الدفع الموضوعي :

هـو : " وسـائل الـدفاع المتعلقـة بأصـل الحـق أي التـي توجـه إلـى ذات الحق المدعى به ، كأن ينكر وجوده أو يزعم انقضاءه " [٤].

ثانياً : الدفع الشكلي :

هـو : " الوسـائل التـي يـستعين بهـا الخـصم ، ويطعـن بمقتـضاها فـي صـحة إجـراءات الخـصومة دون أن يتعـرض لأصـل الحـق الـذي يزعمـه فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه ، كأن يجيب بأن الـدعوى

---

(١) النمر ، أمينة مصطفى : الدعوى وإجراءاتها ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، د.ت) ، ص ١٦٣.

(٢) الطعن رقم (٢١) لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٦/٤/٧م س٢٧ص٨٩٥ . انظر : الفكهاني ، حسن و آخر: الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، جـ ٦ ، ص ٤٣٠.

(٣) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات " ، ص ٤١٣.

(٤) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١١.

رفعت إلى محكمة غير مختصة أو رفعت بإجراء باطل " [١] .

ثالثاً : الدفع بعدم قبول الدعوى :

هو: " الدفع الذي لا يوجه إلى إجراءات الخصومة، ولا يوجه إلى ذات الحق المدعى به، بل يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها، أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى، أو لعدم توافر شرط من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة " [٢] .

وقد ورد تعريفه بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغي بشأن المادة (١٤٢) المقابلة للمادة (١١٥) من القانون الحالي الصادر عام (١٩٦٨م) من أن المقصود به :

" الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى أو الطلب العارض أو الطعن في الحكم " [٣] .

وقد عرَّفت محكمة النقض الدفع بعدم قبول الدعوى بقولها : " الدفع بعدم القبول الذي تعنيه المادة (١١٥) مرافعات هو: الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره دفعاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره ، كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها . والقاعدة الواردة بتلك المادة لا تختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات، وأن تتخذ اسم عدم القبول كما هو الحال في الدفع المطروح ؛ لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه وليست بالتسمية التي تطلق عليه " [٤] .

وفي تعريف آخر لها : " الدفع بعدم القبول الذي تعنيه المادة (١١٥) مرافعات . ماهيته . هو الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى . وعدم اختلاط ذلك بالدفوع المتعلقة بشكل الإجراءات التي تبدى قبل التكلم

---

(١) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ص ١١.

(٢) أبو الوفا ، أحمد : التعليق نصوص قانون المرافعات ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، د.ت) ، ص ٤٦٩.

(٣) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ٢ ، ص ١٠٩٥ .

(٤) طعن رقم (١٣٢٣) لسنة ٤٨ جلسة ١٩٧٩/٥/٢٣م سنة ٣٠ع ٢ ص ٤٢٨. انظر : محمد ، خلف : مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، (دار الطباعة الحديثة ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٢م) ، ص ٦١٠.

في الموضوع ، ولا بالدفوع المتعلقة بأصل الحق المتنازع عليه " [1] .

وعرَّفه أحد شراح القانون بأنه : " الوسيلة التي ينكر بها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى . فهو لا يتعرض بها للحق المدعى به ولا يطعن بها في صحة الخصومة وإجراءاتها وإنما يُنازع في قبول الدعوى " [2].

وعرّفه آخر بأنه : الدفع الذي يتوجه إلى الحماية القضائية بهدف إنكار حق طالبها فيها، والفصل فيه يتم من خلال تحسس موضوع الادعاء دون أن يُعتبر ذلك فصلاً في هذا الموضوع [3] .

والتعاريف السابقة متقاربة وتسهم في توضيح مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى وطبيعته في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

---

(١) الطعن رقم (١٤٣٥) لسنة ٥٨ق ـ جلسة ١٩٩٥/٢/٢٠م . انظر :
الدناصوري عز الدين و حامد عكاز : التعليق على قانون المرافعات ، (طبعة على نفقتهم الخاصة ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة العاشرة ، ٢٠٠٢م) ، ص ١٢٥٠.

(٢) سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، د.ت) ، جـ ١ ، ص ٦٤٩وما بعدها .

(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دراسة تحليلية للفقه والقضاء المصري والفرنسي ، (دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، ٢٠٠٤م) ، ص ١١٩.

المطلب الخامس

المقارنـــــــــــــــــــة

أعرض للمقارنة وفقاً للآتي :

١ـ عرف الفقه الإسلامي الدفع بعدم قبول الدعوى، واعتبره نوعاً من أنواع الدفوع من غير أن يهتم بمقولة تقسيم الدفوع ؛ ولكن المطلع على كتب الفقهاء يتحسس ذلك التقسيم ، حيث وضع الفقهاء شروطاً لسماع الدعوى وقبولها يترتب على تخلف أحد منها عدم قبول الدعوى أي عدم سماعها(١). كما أطلق الفقهاء عليه عدم سماع الدعوى ، وهو المصطلح الأكثر شيوعاً في كتبهم (٢)، وأطلقوا عليه أيضاً دفع الخصومة (٣).

وأشار النظام والقانون لهذا الدفع ضمن نصوصهما . ويعتبر عدم السماع من قبيل دفوع عدم قبول الدعوى فيهما . ويصح إطلاقه على عدم القبول كما يجوز إطلاق عدم القبول عليه (٤).

٢ـ مفهوم الدفع بعدم القبول في الفقه والنظام والقانون يتطابق تماماً من حيث تعلقه بشروط قبول الدعوى ، ورغم ذلك إلا أن المتقدمين من الفقهاء لم يضعوا تعريفاً له وكذا النظام والقانون .

وقد وضع بعض الباحثين في مجال الفقه والقضاء وشراح النظام والقانون تعاريف له؛ يُمكن استخلاص مفهومه منها بأنه : دفع لا يوجه إلى إجراءات الخصومة، ولا إلى ذات الحق المتعلق بها وإنما يتعلق بإنكار حق المدعي في استعمال دعواه ؛ لتخلف شرط من شروط قبـول الدعوى التي وضعها الفقهاء أو النظام أو القانون(٥).

٣ـ اعتبر الفقهاء الدفع دعوى في حد ذاته وليس مجرد جواب على دعوى

---

(١) ابن فرحون ، إبراهيم بن علي : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام ، ص ١٥٠ـ ١٥٦ .

(٢) النووي ، محي الدين بن شرف : المجموع شرح المهذب للشيرازي ، (دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، طبعة جديدة ، ١٤١٥هـ) ، جـ ٢٢ ، ٤٥٤ .
البهوتي ، منصور بن يونس : كشاف القناع عن متن الإقناع ، (مكتبة نزار مصطفى الباز مكة ـ الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ) ، جـ ٦ ، ص ٣٢٧١ وما بعدها.

(٣) ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : البحر الرائق ، جـ ٧ ، ص ٢٢٨ .
ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٥٨٨ .

(٤) مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٥٦٥ .
آل خنين ، عبد الله بن محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات ، جـ ١ ، ص ٣٥٤ .

(٥) أبو الوفا ، أحمد : التعليق نصوص قانون المرافعات ، ص ٤٦٩ .=

المدعي، فيشترطون فيه ما يشترط في الدعوى شرط أن تسبقه دعوى ؛ لأنه من قبيل الجواب على الدعوى فلا يكون ابتداء[1]. والنظام متفق مع ما ذهب إليه الفقه [2]. وأمَّا شراح القانون فاختلفوا إلى رأيين : منهم من عد الدفع مجرد وسيلة قانونية يجوز للمدعى عليه الاستعانة بها للإجابة على دعوى المدعي [3].

والرأي الثاني :اتفق رأيه مع ما ذهب إليه الفقهاء من أن الدفع،هو دعوى؛ ويُشترط فيه ما يشترط في الدعوى [4] .

والحقيقة أن الدفع وإن كان من شراح القانون من يعده وسيلة فإن هذه الوسيلة لا يمنع أن تكون دعوى في حد ذاتها؛ لأن الدفع وكذا دفع الدفع يؤدي إلى تغيير في مراكز الأطراف، وبالتالي يقع عبء الإثبات على مقدم الدفع ؛ وهذا مما تحدثه الدعوى وليس غيرها .

٤ـ اعتبر بعض شراح القانون والنظام أن إنكار الدعوى من قبيل الدفع [5]. وهذا ليس مقبولاً في الفقه؛ لأن الإنكار ليس فيه دفعٌ، وإنما يعد الدفع والإنكار من قبيل أوجه الجواب من المدعى عليه على الدعوى [6].

٥ـ لم يُشر الفقهاء إلى أن تخلف شرط من شروط الدعوى، هو من قبيل دفوع عدم القبول، وإنما هو من الواجبات التي تجب على القاضي القيام بها؛ لفحص الدعوى قبل نظرها عمّا إذا كانت مقبولة وصالحة لنظرها من عدمه [7]. بخلاف النظام والقانون فقد أشارا لذلك ضمن نصوصهما .

= ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون ، ص ٥٨٨ .
آل خنين ، عبد الله بن محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات ، جـ ١ ، ص ٣٥٤، ٣٦٢ وما بعدها .

(١) باز ، سليم رستم : شرح مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٦٣١) ، ص ٩٢٧ .
القارئ ، أحمد بن عبد الله : مجلة الأحكام الشرعية ، المادة (٢١٣٩) ، ص ٦٢١ .

(٢) آل خنين ، عبد الله بن محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات ، جـ ١ ، ص ٥٥ .

(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٣٣٨ .

(٤) النمر ، أمينة مصطفى : الدعوى وإجراءاتها ، ص ١٦٢ وما بعدها .
سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، جـ ١، ص ١٢٨.
الطعن رقم (٢١) لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٦/٤/٧س٢٧ ص ٨٩٥ . انظر :
الفكهاني ، حسن و آخر: الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، جـ ٦ ، ص ٤٣٠.

(٥) مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٥٦٥ .
آل خنين ، عبد الله بن محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات ، جـ ١ ، ص ٣٥٣ .

(٦) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٥٨٧.

(٧) المرجع السابق ، ص ٦٢٤.

وأرى أن رد القاضي للدعوى ؛ لتخلف شرط من شروط قبولها هو دفع بمعناه اللغوي يأتي في صورة حُكم من القاضي؛ ولا يمنع أن يكون واجباً عليه التصدي لذلك؛ لأن إثارة الدفع بعدم القبول حال تخلف شرط من شروطها مما يجب على القاضي إثارته دون انتظار أحد الخصوم في إثارته .

٦ـ الدفع وفق مفهوم الفقه والنظام والقانون إذا كانت إثارته من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب خصماً عنه، هو دعوى في حد ذاته في حالة كون الدفع من الدفوع الموضوعية أو في بعض صور الدفع بعدم القبول. مثل: دفع الخصومة ممن ليست له صفة في الدعوى؛ لأنه يقلب مراكز الخصوم ويتطلب إثباته. أمَّا إذا كان من قبيل الدفوع الإجرائية أو بعض دفوع عدم القبول الأخرى ، فإنه ليس إلا تنبيهاً من الخصم للقاضي عند تخلف أحد الإجراءات أو الشروط ؛ ليُصدر حُكمه حسب نوع المخالفة .

وإذا كانت إثارة الدفع من قبل القاضي؛ فلا يُتصور أن يكون دعوى وإنما دفعٌ في صورة حُكم .

المبحث الثاني

الدفع بعدم القبول والحـــــق في الدعوي

تمهيد وتقسيم :

أعرض ـ من خلال هذا المبحث ـ مركز الدفع بعدم القبول من الدعوى القضائية في الفقه والنظام والقانون .
وهل مركزه يتأثر بمفهوم العلاقة بين الدعوى والحق الذي تحميه وإلى أي حد يتأثر بها ؟

ويتضمن ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى في الفقه والنظام

المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى في القانون

المطلب الثالث : المقـــــــــــــارنة

المطلب الأول

الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى في الفقه والنظام

اختلفت عبارات أهل العلم من الفقهاء وغيرهم في معنى الدعوى في الاصطلاح ، على أن خلافهم كان من جهة الألفاظ دون المضمون والمدلول ، وذلك من حيث تضمين التعريف ما هو من لوازم الدعوى أو من شروطها ، أو وصفها ، أو عدم ذلك . وهي جميعها متقاربة وتؤدي إلى معنى واحد [(١)]. ذلك أنهم لم يختلفوا في تحديد طبيعة الدعوى فهي عندهم تصرف إرادي قولي[(٢)] ، يشترط لصحته شروطٌ معينة[(٣)].

ولم تخرج ألفاظ الفقهاء في تعريفهم للدعوى القضائية عن كونها : طلباً [(٤)]، أو مطالبة[(٥)]، أو قولاً مقبولاً[(٦)]، أو إخباراً[(٧)] ، أو" إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته " [(٨)] .

وتعد الدعوى وفق مفهومهم من التصرفات الشرعية المباحة، فهي ليست واجباً مفروضاً على الأفراد ، وهذا يُستشف من تعريف كثير من الفقهاء للمدعي بأنه : " من لا يجبر على الخصومة إذا تركها " [(٩)] . فرفعها إذن مرتبط بإرادته .

هذه الدعوى حينما أباحها الشارع للناس ؛ بغرض حماية حقوقهم التي اعترف بها لهم ، وأضفى عليها حمايته ؛ إذ لا معنى للاعتراف بها دون حمايتها بما يكفل عدم الاعتداء عليها ؛ لإضفاء الهيبة والقوة لحقوق الناس

---

(١) العميريني ، علي عبد العزيز : الدعوى وأساس الادعاء في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وفقه القانون الوضعي ، (مكتبة العبيكان ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م) ، ص ١٤.

(٢) التصرف بالمعنى الفقهي : " هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته ، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية " انظر :
الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل الفقهي العام ، (دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م) ، جـ ١ ، ص ٣٧٩ .

(٣) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٧٨ .

(٤) المادة (١٦١٣) من مجلة الأحكام العدلية .

(٥) قودر ، شمس الدين أحمد : تكملة شرح فتح القدير ، جـ ٨ ، ص ١٥٩ .

(٦) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١، ص ٥٣٥.

(٧) الشربيني ، محمد محمد الخطيب : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ) ، جـ ٦ ، ص ٣٩٩ .

(٨) ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد : المغني ، جـ ١٤ ، ص ٢٧٥ .

(٩) قودر ، شمس الدين أحمد : تكملة شرح فتح القدير ، جـ ٨ ، ص ١٥٩ .

كي لا تمس ، ومن ثم يسود الأمن والاستقرار بينهم [١] .

ولم يبحث الفقهاء علاقة الدعوى القضائية بالحق الموضوعي الذي تحميه ؛ لوضوح مفهوم الدعوى عندهم ، فهي تصرف أباحه الشارع لكل فرد من أجل تحصيل حقه أو حمايته [٢].

ومعنى ذلك أنه يمكن لأي باحث أن يتلمس تلك العلاقة بكل وضوح . وقبل التطرق إليها ؛ يُستحسن الإشارة لمفهوم الحق عند الفقهاء في باب الدعاوي والخصومات ، ثم بيان تلك العلاقة في ضوء مفهوم الفقهاء لها.

الحَقُّ في اللغة : مصدر حَقَّ الشَيْءِ من بابي ضَرَبَ وقتل إذا وَجَبَ وثَبَتَ.ولهذا يُقال لمرافق الدار حُقوقها[٣].وله عدة معانٍ يرجع معظمها إلى الثبوت والوجوب . وهو نقيض الباطل ، وجمعه حُقوقٌ وحِقاقٌ [٤] .

وفي الاصطلاح : عرَّفه القاضي حسين بن محمد المروزي بأنه : " اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعاً " [٥].

وعلق على هذه التعريف عبد السلام داود العبادي[٦] بأن : له وزنه وقيمته العلمية من نواحي عدة:

١ـ أنه عرَّف الحق بأنه اختصاص ، وهو تعريف يبرز ماهية الحق بشكل يميزه عن غيره من الحقائق الشرعية .

٢ـ أنه وصف هذا الاختصاص بأنه: " مظهر فيما يقصد له "يبين أن طبيعة هذا الاختصاص تقوم على وجود آثار وثمار يختص بها صاحب الحق دون غيره من الأشياء التي شرع الحق فيها ، سواء أكانت مادية أو معنوية.

٣ـ أنه تعريف أحد فقهاء القرن الخامس الهجري ، مما يدل على أن فقهاء الشريعة القدامى قد قاموا بتعريف الحق تعريفاً صحيحاً .

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٨٥ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٩٨ .

(٣) الفيومي ، أحمد محمد : المصباح المنير ، جـ ١ ، ص ١٤٣، كتاب الحاء مادة (الحق).

(٤) ابن منظور ، محمد مكرم : لسان العرب ، جـ ١٠ ، ص ٤٩ ، باب القاف فصل الحاء ، مادة (حقق) .

(٥) من فقهاء الشافعية الكبار ، المتوفى سنة ٤٦٢هـ ، في كتابه : طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية ، مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ١٥٢٣فقه شافعي ، الورقة ١٥٠/ أ ، انظر: أحمد ، فؤاد عبد المنعم : حقوق الملكية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، (بحث منشور بكتاب حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مطابع جامعة نايف العربية ،الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م)، جـ ٢،ص ٨٧٦.

(٦) الملكية في الشريعة الإسلامية ، (مكتبة الأقصى ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٩هـ / ١٩٧٧م) ، جـ ١، ص ٩٦.

وقد عرَّف أحد المحدثين من الفقهاء الحَقَّ بأنه : " ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته " (١) .

وقيد الثبوت ـ هنا ـ بإقرار الشارع ؛ لأن الحق في شريعة الإسلام منحة من الخالق لعباده ، ولا ينبثق إلا عن إرادة الشارع . ولاشك أن سبيل معرفة هذه الإرادة هو الرجوع إلى مصادر الأحكام الشرعية ، فما ورد به نص من كتاب أو سنة أو إجماع من علماء المسلمين أو اقتضته روح الشريعة كان ثابتاً بإقرار الشارع (٢) .

وعرَّفه آخر بأنه : " اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً " (٣).

فالاختصاص علاقة تشمل الحق سواء أكان موضوعه مالياً أو شخصياً . هذه العلاقة لكي تكون حقاً يجب أن تختص بفرد معين أو فئة محددة ؛ إذ لا معنى للحق إلا عندما يكون فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره ، ولا وجود لهذا الحق ما لم يقرره الشرع ويُضفي عليه حمايته. والحق تارة يكون سلطة على شخص أو على شيء معين ، وتارة يكون تكليفاً . ويخرج من هذا التعريف الأعيان المملوكة فلا تعد حقاً ؛ لأنها أشياء مادية وليست اختصاصاً فيه سلطة أو تكليف (٤) .

وعلاقة الدعوى القضائية بالحق الذي تحميه تتجلى في كونها مستقلة عنه ليست بذاته ولا عنصراً فيه ؛ والدليل على ذلك أن هناك حقوقاً باتفاق الفقهاء لا يُحتاج فيها للدعوى القضائية (٥)، فيصح استيفاؤها دون الحاجة لإقامة الدعوى ، وذلك في حالات معينة مثل : تحصيل الأعيان المستحقة كالعين المغصوبة يجوز استردادها من الغاصب قهراً (٦) .

وسببها وموضوعها يختلفان عن سبب الحق وموضوعه . والحماية التي أضفاها الشارع على الحق لا تعد دعوى ، حيث إنها ليست في حقيقتها إلا شرطاً من شروط صيرورة المصلحة حقاً ؛ فإن المصالح كثيرة ،بل غير محصورة ، ولا يُعتبر أي من المصالح حقاً إلا إذا أضفى عليها المشرع حمايته . وبهذا يتبين أن الحماية الشرعية ليست عنصراً من عناصر الحق

---

(١) الخفيف ، علي : الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، (دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، د. ط ، ١٤١٦هـ) ، ص ٢

(٢) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٩٠ .

(٣) الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي،(دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ) ، ص ١٩ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٠ وما بعدها .

(٥) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ١١٤.

(٦) القليوبي ، أحمد أحمد سلامة : حاشيته على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج مطبوع مع حاشية عميره ، جـ ٤ ، ص ٣٣٥ .

وليست دعوى ، وإنما هي شرط وجوده ؛ فالأصح أن يُقال : إن المصلحة لا تعتبر حقاً إلا إذا أُمكن المطالبة بها أمام القضاء ،حيث إنها جوهر الحق وركنه الأساسي،وتلك المكنة شرط تحققه،والدعوى هي المطالبة نفسها(١) .

ورغم استقلال الدعوى عن الحق الذي تحميه إلا أن الفقهاء اشترطوا كي تكون صحيحة أن تستند إلى حق . ويتضح هذا من تعريفات الفقهاء للدعوى القضائية من كونها : طلب حق (٢)، أو مطالبة حق (٣)، أو قولاً مقبولاً يقصد به طلب حق (٤)، أو إخباراً عن وجوب حق (٥)، أو" إضافة الإنسان لنفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته " (٦) .

وليس معنى ذلك أن القاضي يتأكد من وجود الحق للمدعي من عدمه، فهذا مكانه عند الحكم في الموضوع والفصل فيه ، وإنما المراد أن يتحسس من وجوده ظاهرياً بأن يكون الحق محمياً من قبل الشارع ومعلوماً ومما يقتضي الثبوت عقلاً وعادة .

وأرى أن الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه ذو طبيعة مستقلة؛ يستمد هذه الطبيعة من استقلالية الدعوى عن الحق الذي تحميه، فهو يتوجه إلى الدعوى القضائية أو إلى حق المدعي في استعمال دعواه ؛ فيما لو تخلف شرط من شروط قبولها .

ونظام المرافعات الشرعية السعودي يقتدي بالفقه في نظرته للدعوى القضائية وعلاقتها بالحق الذي تحميه(٧)،إلا أنه ميز بين الدعوى كحق شخصي للفرد في الحصول على حكم في موضوع الادعاء ، حيث إن الادعاء لا يكون إلا بحق أو حماية مركز نظامي، وبين حق التقاضي في كونه حق عام يكفله النظام لكل الأشخاص دون تمييز بينهم ، لا يجوز التنازل عنه ، ولا ينقضي بعدم الاستعمال (٨) .

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ١٠٥ .
(٢) المادة (١٦١٣) من مجلة الأحكام العدلية .
(٣) قودر ، شمس الدين أحمد : تكملة شرح فتح القدير ، جـ ٨ ، ص ١٥٩ .
(٤) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١، ص ٥٣٥.
(٥) الشربيني ، محمد محمد الخطيب : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، جـ ٦ ص ٣٩٩ .
(٦) ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد : المغني ، جـ ١٤ ، ص ٢٧٥ .
(٧) انظر: المادة (الأولى) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .
(٨) انظر : المادة (١٤) من النظام الأساسي للحكم بالمملكة العربية السعودية .

المطلب الثاني

الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى في القانون

اعتاد فقهاء القانون عند بحثهم في تعريف الدعوى بحث علاقتها بالحق الذي تحميه؛ لعدم اتفاقهم على تحديد مفهوم واضح ومحدد لها(١). وتبعاً لذلك اختلفوا في تحديد تلك العلاقة ، ممَّا أدى لانقسامهم إلى طوائف مختلفة(٢) .

وما يهم البحث هو : تناول علاقة الدعوى بالحق الذي تحميه دون الخوض في آراء تلك الطوائف عن مفهوم الدعوى ، ولا عن بحث الانتقادات الموجهة لآرائهم حول علاقتها بالحق الذي تحميه . ويمكن عرضها على النحو الآتي :

الرأي الأول :

يطلق عليه الرأي التقليدي حيث يرى أنصاره : أن الدعوى هي ذات الحق الموضوعي في حالتي الدفاع والحركة ، فالحق يبقى ساكناً هادئاً ، فإذا ما اعتدي عليه أو أُنكر تحرك في صورة دعوى ، فهو يمثل الحالة القانونية الهادئة . والدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت الحركة. وحجتهم : أن الحق والدعوى ينشآن معاً ، ويزولان بزوال أحدهما ، فلا يتصور وجود لأحدهما دون الآخر ، فالحق لا يكتمل وجوده إلا بحمايته قضائياً . كما أن موضوعهما مُّتحد فصاحب الحق يلجأ للقضاء ؛ ليطالب بنفس المنفعة التي يتحصل عليها فيما لو اُعترف لــه بحقه. وتتصف الدعوى بنفس أوصاف الحق ، فإن كان الحق شخصياً تكون كذلك ، وإن كان عينياً فهي مثل ذلك وهكذا . كما أن لكل حق دعوى واحدة تحميه وتتعدد الدعاوي بقدر ما يملك الشخص من حقوق بقدرها (٣).

فالحق والدعوى إذن صنوان متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر(٤).

ويترتب على هذا الرأي : أن شروط قبول الدعوى تعد نفسها شروط نشأة الحق الموضوعي . وبناءاً على ذلك فشروط الدعوى تكون دائماً

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٩٨ .

(٢) والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، (دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، د.ط ، ١٩٧٢م) ، جـ ١ ، ص ١٠٠ .

(٣) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٤٠ وما بعدها .

(٤) جميعي ، عبد الباسط : مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، (دار الفكر العربي القاهرة ، مصر ، د. ط ، ١٩٧٣م) ، ص ١٨٢ .

شروط موضوعية وليست شروطاً شكلية . فإذا ما تخلف أحد منها فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لا يكون إلا دفعاً موضوعياً يحكمه القانون الذي ينص على قواعد موضوعية متصلة بأصل الحق (١).

ولذلك فالفقه القانوني القديم لا يعرف إلا نوعين من الدفوع : الأول : يتوجه إلى الإجراءات بقصد عرقلة سير الخصومة ، و الثاني : يتوجه إلى مضمون الادعاء بقصد تحطيمه . والدفع بعدم القبول لا وجود له وفقاً لهذا الرأي(٢). وهذا ما يسمى التقسيم الثنائي للدفوع ؛ والهدف منه إلغاء طائفة الدفوع بعدم القبول ؛ نظراً لما يحيط بها من مشاكل وغموض، ودمجها داخل طائفة الدفوع الموضوعية(٣).

هذا الرأي وُجهت له انتقادات عنيفة من جانب بعض الفقه ـ ليس البحث بصددها ـ ولذلك هجرها الفقه القانوني (٤) .

الرأي الثاني :

وهو في حقيقته ليس إلا تطويراً لفكرة الرأي التقليدي ، حيث يرى أصحابه: أن الدعوى ليست بذات الحق الذي تحميه ، كما أنها ليست منفصلة ومستقلة عنه ، وإنما تعد جزءاً لا يتجزأ من الحق الموضوعي وأحد عناصره ومكوناته ، فهي تمثل عنصر الحماية القانونية في الحق ؛ لأن الحق لا يعد مكتمل الوجود إلا إذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء للقضاء؛ لمنع الاعتداء الواقع عليه أو حمايته . فالحماية القانونية للحق هي الدعوى بعينها ، وبغير هذه الحماية لا يتصور وجود الحق ، ولذلك فهما يتحدان في الموضوع ، والسبب ، والأوصاف . والدعوى قائمة ولو لم تستعمل ؛ لأنها مجرد سلطة خولها القانون للدفاع عن منفعة معينة أو الوصول لاحترام القانون (٥). فالدعوى توأم الحق وقرينته ؛ ذلك أن الحق لا يعدو أن يكون مصلحة يحميها القانون ، ووسيلة هذه الحماية هي الدعوى . والمصلحة التي لا يزودها القانون بدعوى تحميها لا يمكن أن ترقى لمصاف الحقوق . وتمثل الدعوى من بين أركان الحق ركن الجزاء فيه ، وبالتالي فهي عنصر من عناصر تكوين الحق (٦).

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٣٨وما بعدها .
(٢) المرجع السابق ، ص ١٢١ .
(٣) المرجع السابق ، ص ١٢٢.
(٤) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات " ، (دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٦م) ، ص ٨٤ وما بعدها .
ياسين ، محمد بن نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ١٠٠ .
(٥) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٤٤ وما بعدها .
(٦) جميعي ، عبد الباسط : مبادئ المرافعات ، ص ١٧٩ .

فهي إذن وفقاً لهذا الرأي متصلة بالحق الذي وجدت غايته، تدور معه وجوداً وعدماً [١] .

وبناءاً على ذلك فإن القواعد القانونية المتعلقة بقبول الدعوى أو عدم قبولها تعد من صميم القواعد الموضوعية ، ولا تعد من القواعد المتعلقة بشكل الإجراءات . فلو نص القانون على وجوب رفع دعاوي الحيازة في خلال سنة من تاريخ الاعتداء عليها وإلا كانت غير مقبولة ، إنما ينص على قواعد موضوعية متصلة بأصل الحق [٢] . وشروط قبول الدعوى ليست إلا شروط نشأة الحق الموضوعي ، ولا تعد شروطاً شكلية[٣]. فالمنفعة التي قد يتمسك بها الخصم لا يعتد بها ولا يعترف المقنن بها ولا يُضفي حمايته عليها ، إلا إذا كانت ناشئة عن وقائع قانونية محـــددة . وبعبارة أخرى هذه الوقائع هي التي تُنشئ الحق الذي يُضفي عليه القانون حمايته . وما الدفع بعدم قبول الدعوى إلا دفع موضوعياً ، إلا أنه يتميز عنه في أنه لا يوجه لذات المنفعة ، وإنما إلى الحماية المقررة لها بقصد إنكارها . وحالات الدفع بعدم القبول : هي التي يكون فيها إنكار الحق واضحاً ، بحيث لا يُحتاج الأمر فيها عادة إلى الخوض في الموضوع عند الحكم فيها [٤] .

ويظهر من مفهوم هذا الرأي فصله للعناصر المكونة للحق الموضوعي ، فيضع عنصر الفائدة أو المنفعة ويضعه في جهة . ويعزل عنصر الحماية القانونية أي الدعوى القضائية التي تحمي المنفعة ويضعها في جهة أخرى . وبناء على ذلك يعتبر الدفع بعدم القبول موجهاً لهذا العنصر الأخير وحده . والدفع بعدم قبول الدعوى وفقاً لهذا الرأي يوجه إلى الدعوى في حالة عدم وجود الحق الموضوعي أو في حالة افتقاده عنصر الحماية القانونية فيه ، فهو بالتالي دفع موضوعي يخضع لأحكام القانون المنظم لأصل الحق [٥] .

هذا الرأي كسابقه وُجهت له انتقادات ـ ليس البحث بصددها ـ[٦]. إنما جوهر هذه الانتقادات يرجع إلى أن الدعوى حق مستقل عن الحق الــذي تحميه ، وبالتالي فهي تخضع لنظام يختلف عن النظام الذي يحكم أصل

---

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، (مكتبة عبد الله وهبة ، عابدين ، مصر ، ١٣٦٦هـ) ، ص ٣٥ .
(٢) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٤٥ وما بعدها .
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٣٨ .
(٤) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٤٦ .
(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٣٨ وما بعدها .
(٦) ياسين ، محمد بن نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ،ص ١٠١: ١٠٣.

الحق [١] .

الرأي الثالث :

وهو رأي الفقه القانوني الحديث حيث يجمع أنصاره على : أن الدعوى ليست ذات الحق الموضوعي الذي تحميه ، ولا تعد جزءاً منه ولا من مكوناته أو عناصره ، ولا تتحد معه في الموضوع ولا في السبب ولا في الشروط ولا في مباشرة كل منهما ولا في الآثار والانقضاء .هذا الفقه يرفض مبدأ دمج الدعوى بالحق ، أو دمج الحق بالدعوى بادئاً من منطلق بديهي وهو أن الحق لا يمكن أن يكون هو الدعوى التي لم توجد إلا لحمايته [٢] .

ورغم اتجاه هذا الفقه إلى استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي ، إلا أن أنصاره لم يتخذوا موقفاً موحداً إزاء مدى هذا الاستقلال . فيذهب بعضهم إلى وجود علاقات وثيقة بين الدعوى والحق بحيث يُقال أن هذا الاستقلال نسبي . ويذهب البعض الآخر إلى الفصل المطلق بين الدعوى والحق بحيث لا تتبع الدعوى الحق في أي شيء وتظهر الدعوى كفكرة مجردة [٣] .

ويمكن عرض آراءهم على النحو الآتي :

١ـ يرى بعضهم : أن الدعوى تظهر في شكل حق ، يسمى الحق في الدعوى، وهو حق شخصي يوجد في مواجهة شخص أو عدة أشخاص ؛ يتضمن طلب الحصول على تطبيق القانون في حالة محددة ، ومنح المدعي حماية قضائية معينة . هذه الفكرة هي التي تتفق مع مركز الدعوى باعتبارها وسيلة الحماية القضائية . والقانون حينما يمنح الفرد حق اللجوء إلى القضاء ومنعه من الاقتضاء بنفسه لا يكفي ؛ إن لم يمنحه الحق في الحصول على الحماية القانونية التي كان باستطاعته التحصل عليها بنفسه. وتصوير الدعوى بأنها وسيلة لمنح الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني هو وحده الذي يوجد الصلة بين الدعوى والحق الموضوعي [٤].

ويصل هذا الرأي إلى أنه إذا كان من المسلم به الآن أن الحق في الدعوى يعتبر حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي ، فإنه لا يمكن أن يُنظر إليه باعتباره مركزاً قانونياً إجرائياً ؛ لأن الحق في الدعوى يوجد قبل بدء

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٣٩ .

(٢) عبد الفتاح ، عزمي : نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ، (مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٦م) ، ص ٣١ : ٤٢ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٤٢ وما بعدها .

(٤) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، (مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، مصر ، د.ط ، ١٩٩٣م) ، ص ٤٦ .

إجراءات الخصومة . فهو مركز موضوعي هدفه الحصول على حماية حق أو مركز قانوني موضوعي (١).

هذا الرأي أشار إلى أن من قالوا : بأن الدعوى عنصر من عناصر الحـــق ، وتتمثل في الحماية القانونية المقررة للحق ؛ قد خلطوا بين الحماية القانونية التي يتمتع بها الحق قبل الاعتداء عليه وبين صورة خاصة من الحماية القانونية وهي الحماية القضائية التي لا تنشأ إلا بعد الاعتداء على الحق ؛ وتتمثل في حق الشخص على حماية قانونية بواسطة القضاء ، وأمَّا قبله فلا يحتاج الحق لهذه الحماية . أما الحماية القانونية هي التي تكون عنصر في الحق وتوجد ما وجد الحق . بل إن بعضهم عدها خارج الحق وليست عنصراً في الحق ؛ كونها بيد الدولة لا بيد صاحب الحق (٢).

وميز هذا الرأي بين حق الدعوى وحق التقاضي ، فحق الدعوى هو حق الحصول على حكم في موضوع الادعاء ، أمَّا حق التقاضي فهو حق عام لكل الأشخاص يكفله الدستور دون تمييز بينهم ، فلا يجوز التنازل عنه ، ولا ينقضي بعدم الاستعمال (مادة ٦٨ من الدستور المصري) (٣) .

وميز أيضاً بين الحق في الدعوى ومجرد الحق في الحصول على حكم أي الحق في رفع الدعوى . فالحق في رفع دعوى معينة؛ يعني حق الشخص في أن يسمعه القضاء بالنسبة لادعاء معين ، سواء أكان هذا الادعاء قائم على أساس (وبالتالي له الحق في الدعوى) أم كان قائماً على غير أساس (ومن ثم فليس له الحق في الدعوى).فهو الحق في الحصول على حكم في موضوع الدعوى بصرف النظر عن صدور الحكم لصالح المدعي أو ضده . وحدد شروطاً للحق في الدعوى تختلف عن شروط الحق في رفع الدعوى ، كما أن الجزاء المترتب على عدم توافر كل من الحقين يختلف ؛ فتخلف شر ط من شروط الحق في الدعوى يؤدي إلى رفضها ، بينما تخلف شرط من شروط الحق في رفع الدعوى يؤدي إلى عدم قبولها أو بعبارة أخرى عدم سماعها (٤) .

وشروط الحق في الدعوى وفقاً لهذا الرأي هي :

١ـ وجود حق أو مركز قانوني . بما أن الدعوى وسيلة لحماية حق أو مركز قانوني ، فإنه يفترض لوجودها سبق وجود حق أو مركز يحميه

---

(١) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٦ وما بعدها .
(٢) والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، ص ١٠٤.
(٣) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٨.
(٤) المرجع السابق ، ص ٤٩ وما بعدها .

القانون . فحيث لاحق لا دعوى . كما أن من المقرر أن الحق يكون محلاً للحماية القضائية بغض النظر عن قيمته الاقتصادية . وهذا الشرط يتطلب توافر أمرين : وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة المدعي . وهذه مسألة قانونية تبحث من الناحية القانونية المجردة . وإذا لم يكن هناك وجود لمثل هذا الحماية القانونية ، فلا ينشأ الحق في الدعوى . مثل: من يطلب بإلزام شخص آخر بدفع دين قمار ، فإن الحق في الدعوى لا يوجد ؛لأن القانون لا يحمي مثل هذا الدين . والأمر الثاني : ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة ؛ لإنه إذا لم توجد القاعدة القانونية المدعاة فلا معنى لإثبات الوقائع التي تنطبق عليها هذه القاعدة . مثل : أن يرفع (أ) دعوى دين على (ب) ، فإنه يجب إثبات أن (ب) مدين لـ(أ) .

٢ـ اعتداء على هذا الحق أو المركز القانوني .

٣ـ الصفة لصاحب الحق أو الخصم أو المركز القانوني محل الاعتداء[١].

وترجع أسباب عدم القبول ـ حسب هذا الرأي ـ إمَّا لعيب في الطلب أو في الدفع أو الطعن كعمل إجرائي ، سواء تعلق العيب بالشكل ، أو بمقتضى موضوعي كعدم صلاحية القائم بالعمل .مثل : رفع الدعوى من قاصر لا يمثله الوصي عليه .

وإمَّا لعدم توافر المصلحة في الإجراء إذا كان تحقيق الرغبة المطلوبة لا يؤدي إلى تحقيق الحماية لطالبها أو مساعدته في تحقيقها ، وبالتالي من العبث تضييع الوقت في إجابة الخصم لطلبه [٢] .

هذا الرأي يرى : أن الدفع بعدم القبول يُستخدم للطلب القضائي مثلاً باعتباره عملاً إجرائياً ؛ فإن شاب الطلب القضائي عيبٌ في إعلان الرغبة كان طلباً غير مقبول . وهذا الطلب القضائي يخضع لتكييف عدم القبول؛ لأسباب تتعلق بعدم توافر الحق في رفع الدعوى [٣]. وقد رُؤي استخدام عدم القبول التي تقتضي عدم النظر في حق الطالب فيما يطلب في الحالات التي يكون فيها تخلف حق الدعوى ظاهراً لا يحتاج فيها لنظر الموضوع . وهذه الحالات بعضها يتعلق بشروط نشأة حق الدعوى ، وبعضها يرتبط بانقضاء هذا الحق ، وكأن هذا الرأي يسوي بين حكم الرفض وحكم عدم القبول رغم الفروق المتعددة التي توجد بينهما [٤] ، وأهمها : أن عدم القبول يعني نفي حق الدعوى . أمَّا رفض الدعوى فهو يفترض قبول

---

(١) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٥٧ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤٩٢ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ، ص ٤٩٣ .

(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٤٢ وما بعدها .

الدعوى إجرائياً، أي وجود حق الدعوى ؛ ولكنه يقضي في موضوعها لغير صالح المدعي بنفي الحق الموضوعي المدعى به (١) .

يربط هذا الرأي حق الدعوى بالحق الموضوعي ؛ لأنه يجعل الحق أو المركز الموضوعي شرطاً من شروط الدعوى . فالقانون لا يعترف بحق الدعوى للمدعي إلا إذا كان محقاً في دعواه ، ولذا فإن الحق يخول المدعي الحصول على حكم في موضوع الدعوى لصالحه (٢). ويؤدي الأخذ بهذا الرأي إلى تبعية حق الدعوى للحق الموضوعي ، رغم أن الدعوى ظاهرة إجرائية ينظمها قانون المرافعات ، فهو ينظم حق الدعوى تنظيماً مستقلاً عن تنظيم القانون المدني للحقوق والمراكز الموضوعية ، فلا يجعل الحق الموضوعي شرطاً لقبول الدعوى ؛ بل يضع شروطاً أخرى؛ من أهمها شرط المصلحة . ويؤدي هذا الرأي إلى نتيجة غير منطقية ؛ وهي أنه لا يمكن التحقق من شروط الدعوى إلا بعد انقضاء حق الدعوى ؛ لأنه لا يتأكد وجود الحق الموضوعي للمدعي إلا بالحكم في موضوع الدعوى(٣).

صفوة القول بالنسبة لهذا الرأي :

يوجه الدفع بعدم القبول إلى الدعوى القضائية باعتبارها حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي ، وذلك في الأحوال التي يتخلف منها شرط من شروط نشأة الحق في الدعوى ويُحكم فيها برفض الدعوى ، أو في الأحوال التي لا وجود فيها للدعوى أصلاً ، أمَّا إذا تخلفت أحد الشروط اللازمة للحصول على حكم في الدعوى ففي هذه الحالـــة يُحكم بعدم القبول (٤).

٢ــ يذهب أنصار هذا الرأي إلى استقلال حق الدعوى عن الحق الموضوعي تماماً (الاستقلال المطلق للدعوى عن الحق الموضوعي) ويعتبرون الدعوى كفكرة عامة مجردة . يُطلق عليهم أنصار النظرية المجردة العامة ، بحيث يقطعون كل علاقة بينهما ؛ لأنهم لا يرون في حق الدعوى إلا كونه حقاً من حقوق القانون العام يخول صاحبه تحريك النشاط القضائي للدولة ، بمعنى أنه ينحصر في سلطة المطالبة القضائية التي تخول صاحبها الحصول على حكم من القضاء ، سواء أكان في شكل الطلب أو موضوعه ؛ ولذا يعترف القانون به للكافة وغير قابلة للتنازل

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات " ، ص ٨٩ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٨٦.
(٣) المرجع السابق ، ص ٨٦ وما بعدها .
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٤٣ .

عنه أو الانقضاء [١].

هذه النظرية لقيت نقداً لخلطها بين الدعوى كفكرة إجرائية وبين حق الالتجاء إلى القضاء (حق التقاضي) وهي فكرة دستورية [٢] .

والدفع بعدم القبول ـ حسب هذا الرأي ـ يوجه إلى حق الدعوى عند تخلف شرط من شروط قبولها .

٣ـ يذهب أصحاب هذا الرأي إلى استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي . فالحق ليس شرطاً من شروط الدعوى ، وإنما لكل منهما حياة مستقلة تماماً عن الآخر ؛ ولكنها ترى في نفس الوقت ضرورة التمييز بين حق التقاضي الذي يعترف به القانون للكافة ؛ وحق الدعوى الذي يتعلق بادعاء حق أو مركز موضوعي معين ، ولا يعترف به القانون إلا لصاحب الصفة بالنسبة لهذا المركز الموضوعي . ويطلق عليهم أنصار النظرية المجردة الإجرائية [٣] .

يبدأ هذا الرأي من وجهة نظر قواعد قانون المرافعات ؛ فالقانون يقرر قبول الدعوى متى ما توافرت شروط معينة أهمها المصلحة، بغض النظر عن وجود الحق الموضوعي للمدعي أو عدم وجوده ، وبحيث يترتب على قبولها الفصل في موضوعها ، سواء لصالح المدعي أو لغير صالحه. وحق الدعوى في نظرهم : عبارة عن سلطة أو مكنة يعترف بها قانون المرافعات للمدعي عند توافر شروط محددة ، بحيث يخوله الحصول على حكم في الموضوع بتأكيد حقه أو نفيه .

ويربط هذا الرأي حق الدعوى بمسألة قبول الدعوى ؛ وهي مسألة سابقة على الفصل في موضوع الدعوى ؛ تتوقف على توافر شروطها . ووسيلة التمسك بتخلف شرط من شروط قبولها، هي الدفع بعدم قبول الدعوى ، بما يؤدي إلى الحكم بعدم قبول الدعوى ؛ بل إن القاضي يحكم بعدم قبولها من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى تمسك المدعي بهذا الدفع إذا كان الشرط متعلقاً بالنظام العام [٤] .

والحكم بعدم قبول الدعوى لا يعني أنَّ القاضي قد فصل في موضوعها بالرفض ، وإنما بعدم جواز نظرها أي أنها غير صالحة لنظر موضوعها. أمَّا إذا اتضح أن شروط الدعوى متوافرة فإن الدعوى تكون مقبولة إجرائياً؛ بمعنى أن رد الدفع أو قبول الدعوى لاكتمال شروطها لا يعني

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٨٧ .
(٢) عبد الفتاح ، عزمي : نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ، ص٤٩.
(٣) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٨٨.
(٤) المرجع السابق ، ص ٨٨ وما بعدها .

الفصل في موضوعها لصالح المدعي ، وإنما هو تقرير لحقه في نظر دعواه وتحقيقها . فالدعوى ـ حسب هذا الرأي ـ مجرد إدعاء لدى القضاء. وهي لا تنشأ إلا لأن الحق صار مجهلاً . ووظيفتها محصورة في الحصول على الحكم الذي يؤكد هذا الحق أو ينفيه ، فهي تستنفد وظيفتها وتنقضي في اللحظة التي يصبح فيها الحق مؤكداً [١] .

وهذا يعني أن القانون يعترف بحق الدعوى لحماية مصلحة الأفراد في الحصول على القضاء الموضوعي تحقيقاً لليقين القانوني، حيث تتركز شروط الدعوى في المصلحة ـ حسب هذا الرأي ـ ، وهي تعبر عن حاجة الأفراد للحماية القضائية . وبتوافر هذه الشروط يستلزم من القاضي الفصل في موضوع الدعوى ، فحق الدعوى تعبير عن مكنة الحصول على قضاء موضوعي[٢]، يحقق المصلحة المرجوة وهي اليقين القانوني[٣]، سواء أكانت نتيجة الحكم لصالح المدعي أو ضده [٤] .

وصفوة القول لهذا الرأي :

يوجه الدفع بعدم القبول إلى حق الدعوى القضائية ، باعتباره حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي في الأحوال التي يتخلف فيها شرط من شروط قبولها ، وتثار مسألة القبول أو عدم القبول قبل الفصل في موضوع الدعوى . وقبول هذا الدفع يعني أن حق الدعوى غير موجود في جانب الخصم الذي يستعمل حقه في الدعوى [٥] .

والفقه الإجرائي الحديث متفق الآن على اعتبار الدعوى القضائية حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي الذي تحميه ، فلا تختلط به ولا تعد من عناصره ، ولها مجموعة من الأدوات الفنية التي تسهم في استعمال حق الدعوى[٦].

وتتفق مختلف الآراء التي عُرضت رغم اختلاف وجهات النظر اختلافاً

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٨٩ وما بعدها .

(٢) المقصود بالقضاء الموضوعي : "هو الصورة الأولى للحماية القضائية . إذ يلجأ الأفراد للقضاء عن طريق الدعوى للتمسك بحقوقهم ومهمة القضاء الأولى هي الفصل في موضوع الدعاوي المعروضة عليه ، وذلك بتأكيد أو نفي الحقوق المدعاة ، ويحقق القضاء الموضوعي دوره في تأكيد المراكز القانونية عن طريق تأكيد أو نفي الحقوق المدعاة " انظر: فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات " ، ص ٤٠ .

(٣) اليقين القانوني : " معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية معرفة أكيدة إذ يمكنهم هذا من معرفة حقوقهم وواجباتهم " . انظر: فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٠ .

(٤) المرجع السابق : ص ٩٠ .

(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٤٥ .

(٦) المرجع السابق ، ص ٤٥.

جوهرياً من حيث مرتكزاتها في أن الدفع بعدم القبول يمكن توجيهه إلى الحق في الدعوى ذاته :

ـ فالحق في الدعوى باعتباره عنصراً من عناصر الحق الموضوعي ومن مكوناته ، يمثل الحماية القانونية لهذا الحق ، يمكن توجيه الدفع بعدم القبول إليه[1].

ـ والحق في الدعوى باعتباره الحق في الحصول على الحماية القضائية، يمكن أن يوجه إليه الدفع بعدم القبول عند تخلف شرط من شروط نشأة هذا الحق أو لوجود سبب من أسباب انقضائه[2].

ـــ والحق في الدعوى باعتباره يمثل مكنة الحصول على حكم في الموضوع ، بمعنى أن الحق في الدعوى يرتبط بمسألة قبولها، فإن الدفع يوجه بلا تفرقة إلى الحق في الدعوى أو إلى الدعوى نفسها إذا تخلف شرط من شروط قبولها [3] .

خلاصة القول في هذا المطلب :

الحق في الدعوى هو: أحد الحقوق الإرادية الإجرائية الذي يتضمن إعمالاً للحماية القانونية الموجودة في القاعدة الإجرائية ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بالقاعدة الموضوعية . ومظهر ذلك الارتباط أن الحق في الدعوى يشكل الأداة القانونية الوحيدة الصالحة لحماية الحق الموضوعي بإضفاء عنصر الحماية القضائية على عنصر المنفعة الموجودة في هذا الحق إذا ما اعتدي عليه [4] .

فإن ذهب الجمهور إلى القول: أن الدفع بعدم القبول يكون دفعاً إجرائياً إذا ما وجه إلى الحق في الدعوى ؛ لتخلف شرط من شروط نشأته أو لوجود شرط من شروط انقضائه ، بمعنى أن الدفع بعدم القبول هو دفع إجرائي ؛ لأنه يوجه إلى الحق في الدعوى باعتبارها أداة فنية من أدوات القانون الإجرائي [5].

وإذا ما كان من الثابت أن الحق في الدعوى يمثل الأداة التي حددها قانون المرافعات ؛ لحماية الحق الموضوعي ، وبعبارة أخرى إذا ما كانت الدعوى هي أداة إنزال الحماية القضائية التي تؤكد الحماية القانونية لعنصر المصلحة أو المنفعة الموجودة في الحق الموضوعي ،فإن الدفع

---

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٣٥.
أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٤٦.
(٢) والي : فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩٣.
(٣) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٨٩ .
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٤٦.
(٥) المرجع السابق ، ص ٤٧.

بعدم القبول يتصل أيضاً بنفس الوقت بالقانون الموضوعي . ويتبدى مظهر هذا الاتصال في أنه إذا ما قُبل الدفع بعدم القبول كان معناه أن المدعي الموجه له هذا الدفع لا يملك الحق في الدعوى هذا من جانب . ومن جانب آخر أن الحق الموضوعي الذي يدعيه الخصم قد افتقد عنصر الحماية القانونية ، وهذا الجانب الأخير يكون أثراً غير مباشر ؛ لافتقاد الحق في الدعوى [١].

فالصلة إذن متلازمة بين الدفع بعدم القبول والحق في الدعوى والحق الموضوعي . كما أنها وثيقة بين الدفع بعدم القبول والقانون الموضوعي والقانون الإجرائي . ففي كل حالة تتخلف فيها الحماية القانونية للحق المدعى به ؛ تؤدي لتخلف حق الدعوى الذي يعتبر الأداة الإجرائية ؛ لإنزال الحماية القضائية على الحق الموضوعي [٢].

ويتضح من خلال ما ذكر أن مركز الدفع بعدم قبول الدعوى من الدعوى القضائية يتأثر إلى حد بعيد ؛ بالمفهوم الذي يرسمه كل رأي لنفسه بصدد فكرة الدعوى القضائية ذاتها [٣].

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص٤٧.
(٢) المرجع السابق ، ص ٤٧ .
(٣) المرجع السابق ، ص ٣٧.

المطلب الثالث

المقارنـــــــــــــــــة

١ــ لـم يبحـث الفقـه الإسـلامي علاقـة الـدعوى القـضائية بـالحق الموضـوعي الـذي تحميـه ؛ وهـذا يرجـع لوضـوح طبيعـة الـدعوى لـدى الفقهاء باعتبارها تصرفاً إرادياً مباحاً ، إلا أنـه يمكن استنتاج تلك العلاقة بكل وضوح ، والتي تكمن في استقلالية الدعوى القضائية عن الحق الذي تحميـه، بشرط أن تستند الدعوى عند إقامتها إلـى حق. وهذا الاستناد لا يعدو إلا أن يكون تحسساً ظاهرياً يقوم بـه القاضـي؛ من كونـه محمـي من قبل الشارع ومعلوماً ومما يقتضي الثبوت عقلاً وعادة ، وذلك قبل الفصل في موضوعها .

ويقتـدي نظـام المرافعـات الـشرعية الـسعودي بالفقـه الإسـلامي فـي تـصوره لهذه العلاقـة ؛ وهـذا نـابع مـن استمداد نظامـه مـن مـصادر الفقـه الإسلامي .

بينما الفقه القانوني انقسمت آراؤه بشأن علاقة الدعوى القضائية بالحق الموضـوعي الـذي تحميـه لطوائـف متعددة ؛ وهذا يرجـع لغمـوض طبيعـة الـدعوى لـديهم . فبعضهم يـرى أن الـدعوى والحـق صـنوان متلازمـان لا ينفك أحدهما عن الآخر. ويرى بعضهم أن الدعوى جزء من الحق ومن مكوناته . والفقه القانوني الحديث يكاد يُجمع علـى استقلالية الـدعوى عن الحـق الـذي تحميـه، إلا أنهـم انقسموا حـول أنفـسهم حـول طبيعـة هـذا الاستقلال. فبعضهم يرى نسبيته ، بينما يرى بعضهم الاستقلال المطلق .

وأرى أن مـا توصـل لـه الفقـه القـانوني الحـديث مـن استقلال الـدعوى القضائية عن الحق الموضـوعي ؛ مطـابق لمـا هو موجود أصـلاً فـي الفقـه الإسلامي ، وإن كان يحتاج الأمر فيه إلى تخريجه وإظهاره ليس إلا .

٢ـ يمثل الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات الـشرعية الـسعودي طائفـة مـستقلة عـن بقيـة الـدفوع .هـذه نتيجـة منطقيـة لاستقلالية الدعوى القضائية عن الحق الذي تحميه ؛ فشروط قبول الـدعوى تختلف عن شروط إثبات الحق الموضـوعي . ورغم أن الفقهاء لم يُشيروا لهذه النتيجة، إلا أنها تُستشف من مفهومهم حول طبيعة الدعوى القضائية .

بينما يتـأثر مركز الـدفع بعدم القبـول فـي الفقـه القـانوني ؛ تبعـاً لانقسام الآراء حول علاقة الدعوى القضائية بالحق الموضوعي الذي تحميه .

فمـنهم مـن يُلحقـه بالـدفوع الموضـوعية ، ومـنهم مـن يُلحقـه بالـدفوع الإجرائيـة، ومـنهم مـن يجعلـه دفعـاً مختلطـاً . بينمـا الفقـه القـانوني الحـديث يتجه لاستقلالية هذا الدفع عن بقية الدفوع الأخرى .

وأرى أن سـبب غمـوض طبيعـة الـدفع بعـدم القبـول لـدى الفقـه القـانوني ناتج عن عدم اتفاقهم علـى استقلالية الـدعوى عـن الحـق الـذي تحميـه؛ تبعـاً لعـدم اتفـاقهم علـى فهـم طبيعـة الـدعوى القـضائية . كمـا أن مـن أسـباب الغموض الذي يُحيط بطبيعة هذا الدفع هو عدم اجتمـاع الفقـه الحـديث علـى رأي موحد إزاء مدى هذا الاستقلال .

ورغم ذلك إلا أن اتجاه الفقه القانوني الحديث لما هو موجـود فـي الفقـه الإسلامي من حيث فهم طبيعـة الـدعوى ، ومـن حيـث فهـم استقلاليتـها عـن الحـق الـذي تحميـه أدى إلـى فهمهـم طبيعـة استقلالية هـذا الـدفع عـن بقيـة الدفوع الأخرى .

المبحث الثالث

الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة

تمهيد وتقسيم :

لقد وضع الفقهاء سواء في الفقه أو في النظام أو في القانون شروطاً لقبول الدعوى ؛ يترتب على توافرها سماعها أي جواز نظرها ، وذلك قبل الفصل في موضوعها . وليست هذه الدراسة مجال الاستعراض التحليلي لهذه الشروط ، والتعرض لاختلافات الفقه والقانون لها بشكل مفصل ، وإنما تناول بعض الشروط أيَّاً كانت وجهة النظر بشأنها ؛ بهدف بيان مركز الدفع بعدم القبول إزائها مع إيضاح علاقتها بشرط المصلحة ، على اعتبار أن الاتجاه الحديث للفقه والقضاء والنظام يراه الشرط الوحيد ليس لقبول الدعوى فحسب وإنما لقبول أي دفع أو طلب أو طعن في حكم [١] .

ويتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في الفقه

المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في النظام

المطلب الثالث : الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في القانون

المطلب الرابع : المقـــــــــــــارنة

---

(١) انظر : أبو الوفا ، أحمد : التعليق على نصوص قانون المرافعات ، ص ١٠٢ .
المادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية السعودي .
المادة الأولى من القانون رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦م التي حلت بديلاً عن المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري . انظر :
مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، جـ ١، ص١٢٧.

المطلب الأول

الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في الفقه

" الشريعة كلها مشتملة على جلب المصالح كلها ؛ دقها وجلها ، وعلى درء المفاسد بأسرها دقها وجلها . فلا تجد حكماً لله إلا وهو جالب لمصلحة عاجلة أو آجلة أو درء مفسدة عاجلة أو آجلة " [(١)] .

وجلب المصالح ودرء المفاسد في بيان الحقوق الخاصة والمركبة ضربان :

١ـ ما يتعلق بحقوق الخالق سبحانه وتعالى ، وهو ثلاثة أقسام : ما هو خالص لله عز وجل كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ونحو ذلك . والثاني : ما يتركب من حقوق الله وحقوق عباده كسائر العبادات . والثالث : ما يتركب من حقوق الله وحقوق رسوله وحقوق العباد أو يشتمل على الحقوق الثلاثة كالأذان والإقامة .

٢ـ ما يتعلق بحقوق المخلوقين من جلب مصالحهم ودرء مفاسدهم ، وهو ثلاثة أقسام : الأول : حقوق المكلف على نفسه ، كنفقته على نفسه .

والثاني : حقوق بعض المكلفين على بعض . وضابطها جلب كل مصلحة واجبة أو مندوبة ، ودرء كل مفسدة محرَّمة أو مكروهة . وهي منقسمة إلى فرض عين وفرض كفاية وسنة عين وسنة كفاية . ومنها ما اختلف في وجوبه وندبه ، وفي كونه فرض كفاية أو فرض عين .

ومن أمثلتها : حكم الحكام والأئمة والولاة بإنصاف المظلومين من الظالمين وتوفير الحقوق على العاجزين ، وصرف الدعاء عن رب العالمين على ما ذكره عمر أمير المؤمنين . ومعنى صرف الدعاء عن الله أن يُنْصِفَ المظلومين من الظالمين ولا يُحوجهم أن يسألوا الله ذلك ، وأن تدفع حاجات الناس وضروراتهم بحيث لا يحوجهم أن يطلبوا ذلك من رب العلمين.

ومعظم حقوق العباد على بعضهم ترجع إلى الدماء والأموال والأعراض .

والثالث : حقوق البهائم والحيوان على الإنسان مثل : النفقة عليها والإحسان في ذبحها [(٢)] .

---

(١) ابن عبد السلام ، عز الدين عبد العزيز : القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام ، تحقيق نزيه كمال حماد وعثمان جمعه ضميرية ، (دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١هـ) ، جـ١ ، ص ٣٩ .

(٢) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ٢١٩ ، ٢٢٢ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

والجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح ، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد .
والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ؛ وتقع في العبادات والأموال والنفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح. والزواجر تقع في العبادات وغيرها [(١)] .
ولجلب ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق العباد ودرء المفاسد ، كانت المصلحة هي الداعي لتنصيب القضاة ؛ فمقصود القضاء إيصال الحقوق إلى أهلها أو حمايتها وقطع الخصومات . فوصول الحقوق هو مصلحة ، وهو من باب العدل الذي تقوم عليه السماوات والأرض . وقطع الخصومة تقتضي إزالة مفسدة ، وهو من باب دفع الظلم والضرر . وكلاهما ينقسم : إلى إبقاء موجود ودفع مفقود ، ففي وصول الحقوق لمستحقها يحفظ موجودها ويحصل مقصودها ، وفي الخصومة يقطع موجودها ويدفع مفقودها [(٢)] .
والدعوى إن لم تكن لصاحبها مصلحة في رد حقه أو حمايته أو حماية مركز نظامي ؛ فإنها تكون من قبيل العبث الذي لاحاجة لنظرها من جهة القضاء ؛ لكونها لم تشرع إلا لتحقيق المصالح ودفع المفاسد .
وشرط المصلحة متفق على مضمونه عند الفقهاء على أنه من جملة الشروط الواجب توافرها في الدعوى الصحيحة ؛ كي يتم الفصل فيها ، وإن كانت هذه الصيغة غير موجودة في كتبهم فالعبرة بالمعاني والمقاصد وليست بالألفاظ والمباني [(٣)] . فالحنفية يشترطون في الدعوى أن لا تكون عبثاً [(٤)]. ويشترط المالكية أن تكون الدعوى مما يتعلق بها حكم أو غرض صحيح ، بمعنى أن تكون مما لو أقر بها المطلوب لانتفع بها الطالب[(٥)]. والشافعية يشترطون في المدعى به أن يكون حقاً أو ما ينفع في الحق ، وأن يكون هذا الحق قد تعرض لإضرار الخصم [(٦)] . وعند الحنابلة يفهم شرط المصلحة من تعريف الدعوى عندهم من أنها : " إضافة الإنسان إلى

---

(١) ابن عبد السلام ، عز الدين عبد العزيز : القواعد الكبرى ، جـ ١،ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٥.
(٢) ابن تيمية ، أحمد عبد الحليم : مجموع الفتاوى ، (طبعة مجمع الملك فهد ، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية ،١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م)،جـ ٣٥،ص ٣٥٥.
(٣) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى ، ص ٣٠٣ ، حاشية رقم (١) .
(٤) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي: حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٥٠ .
(٥) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٠٩.
(٦) الرملي ، محمد أحمد حمزة : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، د. ط ، ١٤١٤هـ) ، جـ ٨ ، ص ٣٣٣ وما بعدها .

نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته " . كما قِيل عندهم :إن " المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حق في ذمته"(١).
فلو لم تكن له ثمة مصلحة في أخذ حقه أو منع الاعتداء الواقع عليه لا تُقبل دعواه ؛ لأنها تُعد من قبيل العبث الذي لا فائدة فيه .
والدفع عند الفقهاء يعتبر دعوى في حد ذاته (٢)، فيشترط فيه ما يشترط في الدعوى ، ومن ذلك ضرورة توافر شرط المصلحة ؛ لكي يكون الدفع مقبولاً.
ولم يضع الفقهاء تعريفاً للمصلحة كشرط من شروط قبول الدعوى وسماعها ؛ مكتفين بمدلولها اللغوي من كونها تعني : الخير والمنفعة(٣) .
ويمكن تعريفها بأنها : الحاجة إلى الحماية القضائية التي قد تجلب لصاحبها منفعة أو تدفع عنه ضرر.
ويستطيع أي باحث أن يستخلص أوصاف أو خصائص لشرط المصلحة من كلام الفقهاء عن الدعوى وشروطها ، وذلك على النحو الآتي:

١- أن تكون المصلحة قائمة أي حالة :

تُستشف هذه الخاصية من أقوال الفقهاء عند تعريفهم الدعوى . ومن ذلك تعريف بعضهم للدعوى بأنها : " طلب حق " ، أي يفيد حال المنازعة ، كأن يكون هناك نزاع فعلي وقع على حق المدعي(٤).
واستثنى بعض الفقهاء من ذلك دفع الضرر المحتمل الوقوع (المصلحة المحتملة) . ومثاله : دعوى دفع التعرض فهي مسموعة ؛ لأنها مطالبة بالحق العدمي ؛ لحماية الحق الوجودي ، بخلاف دعوى قطع النزاع فهي غير مسموعة (٥) .
ومن ذلك أيضاً : الطلب لحفظ البينات لحق يخشى زوال دليله عند النزاع من غير وجود خصم ؛ أمر أجازه بعض الفقهاء . وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية :
" وإن كان الحق في يد صاحبه كالوقف وغيره يخاف إن لم يحفظ بالبينات

(١) ابن قدامة ، عبد الله أحمد : المغني ، جـ ١٤ ، ص ٢٧٥ .
(٢) المادة (٢٠٩٨) من مجلة الأحكام الشرعية .
(٣) الفيومي ، أحمد محمد : المصباح المنير ، جـ ١ ، ٣٤٥ .
(٤) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٣٥.
(٥) لأن حقيقة دعوى قطع النزاع : أن يأتي بشخص للقاضي ويقول هذا يدعي علي دعوى ، فإن كان له شيء فليبينه ، وإلا يشهد على نفسه بالإبراء وهذه دعوى باطلة فصاحب الحق لا يجبر على دعواه . انظر: ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار، جـ ١١ ، ص ٥٣٦ وما بعدها .

أن ينسيه شرط ويجحد ، ولا يأتيه ونحو ذلك ؛ فهنا في سماع الدعوى والشهادة من غير خصم حفظ الحق المجحود عن خصم مقدر . وهذا أحد مقصودي القضاء فلذلك يسمع ذلك ، ومن قال من الفقهاء : لا يسمع ذلك كما يقوله طوائف من الحنفية والشافعية والحنابلة فعنده ليس للقضاء فائدة إلا فصل الخصومة ، ولا خصومة فلا قضاء ؛ فلذلك لا تسمع البينة إلا في وجه مدعى عليه لتظهر الخصومة . ومن قال بالخصم المسخر فإنه ينصب للشر ثم يقطعه ، ومن قال تسمع فإنه يحفظ الحق الموجود ويذر الشر المفقود."(١) .

٢- أن تكون المصلحة مشروعة :

المصلحة لا تكون مشروعة إلا إذا كان الحق المطالب به أو حمايته مباحاً ومحمياً من قبل الشارع ؛ وذلك بأن رتب الشارع لها جزاءً مؤيداً لها . والمصلحة التي لم يتناولها النص الشرعي بالاعتبار أو بالإلغاء هي مصلحة محمية كما هو مقرر في علم الأصول عند كثير من علمائه ، وهي ما تسمى المصلحة المرسلة (٢) .

فالدعوى إذن تكون في حق محترم شرعاً ليس مُحَرَّماً سواء أكان عيناً أو ديناً مما أجازه الشارع ، وأضفى عليه حمايته عن طريق الدعوى . فلو كانت الدعوى بشيء حرَّمه الشارع ، كدين ناشئ عن مقامرة أو رهان ، ودعوى النفقة لمن عاشرها رجل معاشرة الأزواج دون عقد . فهذه وإن تحققت فيها مصلحة للمدعي إلا أنها غير مشروعة أي غير محمية من قبل الشارع ، وهذا يُفهم من طبيعة مشروعية الدعوى ، حيث لم تشرع إلا لحماية الحقوق التي يُضفي عليها الشارع حمايته . ومثل هذه الدعاوي المخالفة للشرع ، يمكن تصنيفها فيما لا يسمعه الحاكم ويؤدب المدعى عليه بسبب ما ادعاه (٣).

٣- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة :

ومعنى ذلك : أن يترتب نفع معتبر لصاحب الحق من وراء مطالبته بالمصلحة التي اعترف الشرع له بها وحماها،وذلك لا يكون إلا إذا تعرض حقه لاعتداء أو أن هناك ضرراً محتملاً يهدد حقه ؛ فيحتاج لحمايته أو يحتاج لحماية حقه بحفظ بيناته خوفاً من أن يشكل عليه نزاع في المستقبل.

---

(١) ابن تيمية ، أحمد عبد الحليم : مجموع الفتاوى ، جـ ٣٥ ، ص ٣٥٦ .
(٢) الغزالي ، محمد بن محمد : المستصفى ، ص ١٧٣.
(٣) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١١٣.

وهذا معنى قول بعض الفقهاء : أن تكون الدعوى مما يتعلق بها حكم أو غرض صحيح [١].

ورافع الدعوى قد يكون هو صاحب الحق ويطلق عليه الأصيل ، وقد يكون غيره مثل : الولي والوصي والوارث والممثل الشرعي والوكيل أومن بينه وبين الغائب اتصال في المدعى به[٢] . هذا إذا كانت الدعوى للمصلحة الخاصة . أمَّا إذا كانت للمصلحة العامة ، فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية ما نصَّه : " يكون واحداً من العامة مدَّعياً في دعاوى المحلات التي يعود نفعها إلى العموم كالطريق العام ، وتسمع الدعوى ويحكم على المدَّعى عليه " [٣].

واستنتج منها قاعدة فقهية للدعوى القضائية :< تسمع دعوى واحد من العامة في المحال العائد نفعها للعموم >[٤] . وكذا المحتسب فيما إذا كانت الدعوى في حق عام [٥] . وفي هذا العصر بوجود المؤسسات والشركات والهيئات ونحوها بما يسمى الشخصيات الاعتبارية فإنه يلحق بذلك الممثل الشرعي لهذه الشخصيات ؛ وقواعد الفقه لا تأبى ذلك [٦].

قال ابن فرحون : " إذا وقعت الدعوى على حبس (وقف) أو مسجد أو محجة وجب على الحاكم أن يقيم وكيلاً يدفع عنه ، فإن وجب عليه حق قضى به وإلا فلا "[٧] .

والمدعي إذا كانت له مصلحة من وراء دعواه فإنه يعني أنه ذو صفة في الدعوى ، ويُفهم هذا أيضاً من تمييز الفقهاء بين المدعي والمدعى عليه بأن المدعي هو من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه هو من يجبر عليها إذا تركها [٨] .

والمدعي هو من يملك حق رفع الدعوى سواء أكان هو صاحب الحق أو من يمثله ، وله حق التنازل عن حقه. أما المدعى عليه فلو لم يكن مما لو أقر بالحق لزمه[٩] ؛ فإنه بلا شك لا يتحصل المدعي على فائدة من

---

(١) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٠٩.

(٢) الجارم ، محمد صالح : المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ، (مطبعة النيل ، القاهرة مصر ، د .ط ، ١٣٢٦هـ) ، ص ٩٥ ، ٩٦.

(٣) انظر : المادة (١٦٤٤) من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) آل الشيخ ، حسين عبد العزيز : القواعد الفقهية للدعوى القضائية ، جـ ٢ ، ص ٨٢٧.

(٥) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٢٣

(٦) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات، ص٢٨٠.

(٧) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٣٦.

(٨) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٣٧ وما بعدها .

(٩) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٠٩.

وراء مطالبته ؛ بمعنى أن تحقق المصلحة الشخصية للمدعي لا تكون إلا بكون المدعى عليه صاحب صفة في الدعوى بحيث لو أقر بالحق لانتفع المدعي من وراء مطالبته . أما مطالبة من ليس له صفة في الدعوى ؛ فإنه لا تعود على رافع الدعوى مصلحة.

ويستثنى من شرط المصلحة المباشرة ما تسمى الدعوى غير المباشرة أي رافعها ليس هو صاحب الحق المطالب به ، ولا يعود نفعها عليه مباشرة مثل : دعوى الدائن التي يرفعها على مدين مدينه للمطالبة فيها بحقوقه للمحافظة على الضمان المقرر للدائن على أموال مدينه ،بمعنى أنه يعمل لحساب مدينه وليس لحسابه الخاص [١].

ويظهر مما سبق أن شرط المصلحة ، وإن كان الفقهاء جعلوه من ضمن شروط قبول الدعوى ، إلا أنه بتحليل خصائصها وفقاً للاتجاه الحديث للقضاء والفقه القانوني[٢]، تداخلت بعض شروط قبول الدعوى في شرط المصلحة .

وبمواصلة إيضاح العلاقة بين شروط قبول الدعوى وشرط المصلحة؛ فإن الفقهاء اشترطوا الأهلية في المدعي والمدعى عليه ، فلا تجوز دعوى ولا إنكار إلا من جائز التصرف ، وهو المكلف الرشيد [٣] . ففي حالة انتفاء الأهلية من الطرفين عند الدعوى والجواب ؛ فإن الدعوى غير مقبولة . ويصح أن يُعبر عن هذا الشرط بشرط المصلحة الشرعية بأن الدعوى غير مشروعة ؛ لأن الفقه اشترط الأهلية فلو تقدم عديم الأهلية بدعوى كالمجنون مثلاً فإنها لا تقبل لعدم الأهلية ، وأيضاً لأن الفقه نص على عدم قبولها.

ومن شروط الفقهاء أن تكون الدعوى معلومة فلو قال: لي عليه شيء ولم يُحدده ويبينه لا تسمع دعواه ؛ لأنها مجهولة [٤] ، فيمكن التعبير عن هذا الشرط بشرط المصلحة الشرعية ؛ لأن الدعوى إذا كانت مجهولة فلا يتصور وجود مصلحة للمدعي . وهذا ينطبق على شرط أن تكون الدعوى محققة فلو قال : أظن لي عليه ألفاً ولم يُبينه لا تسمع ؛ لأنه لا فائدة للمدعي في ذلك لتعذر الحكم بالمجهول[٥] .

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات ، ص ٢٨٠

(٢) أبو الوفا ، أحمد : التعليق على نصوص قانون المرافعات ، ص ١٠٢ .

(٣) البهوتي ، منصور يونس : كشاف القناع عن متن الإقناع ، جـ ٦ ، ص ٣٢٧١ .

(٤) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٠٨.

(٥) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١١٠.

ومن ذلك شرط المكان وهو مجلس القضاء [١] ، فهذا يُعبر عنه بشرط المصلحة الشرعية ؛ لأن الفقهاء اشترطوا هذا الشرط من أجل أن يكون معلوماً لدى العامة . ومخالفة هذا الشرط هو في حقيقته تخلف شرط المصلحة الشرعية ، وكذا في شر ط أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت عقلاً أو عادة . فلو كانت الدعوى مما يستحيل وجوده عقلاً أو عادة يعني في نفس الوقت انتفاء شرط المصلحة الشرعية فلذلك لا تقبل [٢] .

وقد تكون للمدعي مصلحة في دعواه إلا أن الشارع قد تخلى عن حمايته لها ونص على عدم سماعها ، كما في دعوى التقادم بمرور الزمان فلا تسمع الدعوى بعد أن تركت مدة معلومة . وهذا المنع غير قياسي ؛ لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، بل هو استحسان من قبل بعض الفقهاء؛ ووجهه منع التزوير والحيل ؛ لأن ترك الدعوى زماناً مع التمكن من قيامها يدل على عدم الحق ظاهراً . وإن انتفت العلة وجب السماع مهما طالت المدة. واختلف الفقهاء في تعيين المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى وليس هذا مجال التفصيل فيها [٣] .

وهذا التداخل يسري على بقية الشروط حتى يصبح شرط المصلحة هو الشرط الوحيد لقبول أي دعوى متى ما توافرت خصائصه . وينطبق ذلك أيضاً على أي دفع أو طعن .

صفوة القول :

عندما يتقدم المدعي بدعوى في مجلس القضاء فإن القاضي يقتصر دوره في هذه المرحلة على معرفة ما إذا كانت الدعوى صحيحة حتى يترتب عليها استدعاء الخصم والفصل فيها من عدمه ، حيث يقوم بالتأكد من أن شروط قبول الدعوى التي نص الفقهاء على اشتراطها متحققة دون النظر في وقائع المدعي والفصل في الموضوع ، فهو مجرد تحسس ظاهري من أن الحق المطالب به محمي من قبل الشرع ، وأن بقية الشروط متوافرة ، فإذا اتضح تخلف أحد الشروط تصدى لها تلقائياً بعدم سماعها أي عدم قبولها . وبناء عليه فهذا الدفع لا يوجه لذات الحق المدعى به ، ولا إلى إجراءات سير الخصومة، وإنما يتوجه إلى ذات الدعوى القضائية؛ لتخلف أي شرط من شروط قبولها بما فيها شرط المصلحة .

وأرى أنه من الجائز أن يُوجه هذا الدفع لذات الدعوى القضائية في حال تخلف شروط قبول الدعوى أو تخلف شرط المصلحة أو إحدى

---

(١) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٤٤ .
(٢) المرجع السابق ، جـ ١١ ، ص ٥٥١ .
(٣) باز ، سليم رستم : شرح مجلة الأحكام العدلية ، ص ٩٨٣.

خصائصها. ومن الجائز أيضاً التعبير عن شروط قبول الدعوى بشرط المصلحة إلا أنه لا يُمكن إلغاء تلك الشروط .

ومن الجائز أيضاً أن يُوجه الدفع بعدم القبول إلى الطلب القضائي على اعتبار أن الدعوى في مفهوم بعض الفقهاء، هي الطلب المقدم في مجلس القضاء [١].

---

(١) المادة (١٦١٣) من مجلة الأحكام العدلية .

المطلب الثاني

الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في النظام

تطرق نظام المرافعات الشرعية السعودي لشرط المصلحة ليس لقبول الدعوى القضائية فحسب ، وإنما أيضاً كشرط لقبول أي دفع . ورغم أن المنظم لم ينص عليها كشرط لقبول أي طعن ؛ على اعتبار أن الطعن ليس في حقيقته إلا طلب ، كما أن القضاء يأخذ به أيضاً ، حيث إنه لم تكن ثم مصلحة في الطعن فلا يمكن قبوله . وقد نصت المادة الرابعة من النظام أنه : " لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة ، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق ، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وإذا ظهر للقاضي أن الدعوى صورية كان عليه رفضها ، وله الحكم على المدعي بنكال " .

والدعوى القضائية تقدم إلى المحكمة في صيغة طلب . هذا الطلب يحتوي على ادعاء معين يطلب فيه صاحبه الحماية النظامية بمنع الاعتداء الواقع على حقه أو حمايته أو حماية مركز نظامي في مواجهة خصمه(١) . وهذا الطلب إما أن يكون أصلياً أو عارضاً . والطلب الأصلي: هو ما ينص عليه المدعي في صحيفة دعواه ابتداءً (٢) . والطلب العارض: هو ما يتقدم به المدعي أوالمدعى عليه أو الغيرأثناء سير الخصومة وله ارتباط بالطلب الأصلي(٣) .

والدفع المراد به هنا: دعوى يأتي بها المدعى عليه في مواجهة دعوى المدعي ، فهو إما أن يكون متعلقاً بأصل الحق المدعى به فيكون موضوعياً ، وإما أن يكون متعلقاً بإجراءات سير الخصومة فيكون شكلياً أو إجرائياً ، وإما أن يكون دفعاً بعدم القبول في حال تخلف شرط من شروط قبول الدعوى (٤) .

وتُعرف المصلحة الواردة في هذه المادة بأنها : النفع أو الفائدة التي قد يتحصل عليها الخصم من وراء ادعائه بدفع الضرر عن حقه ، أو حمايته،

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٩٩ .
(٢) ٧٩ / ١ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي .
(٣) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية ، جـ ١ ، ص ٣٠ .
(٤) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١١ .

أو حماية مركز نظامي ؛ كون هذه المصلحة منسوبة لصاحبها ويختص بها وحده دون من سواه سواء أكان مدعي أم مدعى عليه (١) .

هذه المصلحة شر ط في قبول أي طلب أو دفع أو طعن ، فإذا تخلفت أو تخلف أحد شروطها ؛ يظهر دور الدفع بعدم قبول الدعوى في عدم قبول الطلب القضائي أي عدم قبول الدعوى ، وكذا في عدم قبول الدفع أياً كان نوعه ، ويسري أيضاً حال تخلفها في الطعن بعدم قبوله .

ويُفهم من هذه المادة أن لهذه المصلحة خصائص، وهي على النحو التالي :

١- أن تكون المصلحة قائمة :

هذا هو الأصل ، ومعنى ذلك أن المصلحة موجودة وحالة بأن وقع فعلاً اعتداء على حق المدعي . واستثنى المنظم المصلحة المحتملة إذا كان الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محدق ، أي أن الاعتداء على الحق لم يقع بعد ؛ ولكن وجود قرائن معتبرة تدلل على قرب وقوعه (٢)، أو الاستيثاق لحق يُخشى زوال دليله عند النزاع من غير اشتراط حضور الخصم الآخر(٣). ومن ذلك طلب المعاينة لإثبات الحالة لواقعة من المحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء مستقبلاً (٤) .

٢- أن تكون المصلحة مشروعة :

والمراد بالمشروعية : هو ما أباحه الشارع ووافق النظام مما شهدا له بالاعتداد من مصالح الحقوق المدعى بها في طلب أو دفع أو طعن (٥) .

والواقع أن النظام لا يحمي مصلحة حرمها الشرع ، فلا يعتد بالمصلحة في الدعوى إن لم تكن مشروعة . أو هي في حقيقتها مباحة لا يحرمها الشرع ولكن ولي الأمر منع من سماع دعوى معينة ؛ لاعتبارات معينة مثل : عدم سماع الدعوى على الجهات الحكومية إلا بإذن من المقام السامي(٦) . فلو رفض المقام السامي سماع الدعوى ، فإن ذلك يعني منع المدعي من استعمال حقه في إقامة دعواه ، ولو كانت له مصلحة قائمة

---

(١) ١/٤ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي .
(٢) ٣/٤ من اللائحة .
(٣) ٤/٤ من اللائحة .
(٤) المادة (١١٦) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .
(٥) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية ، جـ ١ ، ص ٤٧ .
(٦) المادة (٣٥) من النظام نفسه ؛ علماً بأن فقرات اللائحة لهذه المادة (١، ٢) ألغيت وتم تعديل الفقرة الثالثة لتكون " في حال ما إذا تطلب نظر الدعوى الرفع إلى المقام السامي فيكون بالكتابة من المحكمة لوزارة العدل بطلب ذلك " ؛ وتم هذا بموجب قرار وزير العدل رقم ٣٢٨٥وتاريخ ١٤٢٨/٣/١٥هـ .

ومشروعة ، وبالتالي يُفهم أن المصلحة إن لم تكن محمية من الشرع والنظام معاً ؛ فلا يعتد بها ويحكم بعدم قبول الدعوى فيها أي عدم سماعها.

وأيضاً لو ظهر للقاضي أن الدعوى صورية وليست حقيقة كان عليه رفضها، وهي : ما كان ظاهرها خصومة وحقيقتها حيلة للتوصل لأمر غير مشروع [١] .

وألحق المنظم بهذه الدعوى الدعوى الكيدية وهي : دعوى يقيمها صاحبها من غير حق للمطالبة بأمر لاحق له فيه [٢] .

وبيَّن النظام ولائحته أنَّ الحكم فيهما، هو رفضها وتعزير صاحبها ، ويكون الحكم بردها والتعزير لصاحبها من قبل حاكم القضية في ضبط القضية نفسها، ويخضع الحكم لتعليمات التمييز [٣] .

واستعاض النظام عن المصلحة الشخصية باشتراط الصفة في أطراف الدعوى[٤] ؛ آخذاً بالمذهب الذي يرى بأن مفهوم المصلحة والصفة غير متطابقين[٥] . ومعنى شرط الصفة في المدعي ؛ أنها السلطة التي بمقتضاها يمارس الشخص دعواه أمام القضاء . وهي في الأصل تكون لصاحب الحق المدعى به أو لمن تلقى الحق عنه بأي طريق من طرق اكتساب الحقوق ، كالولي والوصي بالنسبة للقاصر أو عديم الأهلية . كما تكون لممثل الشخص الاعتباري ، كالرئيس بالنسبة للشركة .أو لممثل الحق ، كالمحامي بالنسبة لموكله [٦] . بمعنى أن تكون الدعوى وكذا الدفع من صاحب الحق أو من يقوم مقامه [٧] .

وأما الصفة في المدعى عليه تعني أنه، هو الشخص المطلوب منه الحق[٨].

وقد ترفع الدعوى من ثلاثة على الأقل من المواطنين حسبة في كل ما فيه مصلحة عامة (ما يتعلق بمنفعة البلد)، إذا لم يكن في البلد جهة

---

(١) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية ، جـ ١ ، ص ٥١.

(٢) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ٥٣ .

(٣) المادة (٤) و٤/٥ و٤/٦و٤/٧و٤/٨ من النظام ولائحته التنفيذية .

(٤) المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

(٥) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وأخر : أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ١١٨ .

(٦) العشماوي ، محمد وعبد الوهاب : قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ، (المطبعة النموذجية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٧م) ، جـ ١ ، ص ٥٨٠ وما بعدها .

(٧) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في نظام المرافعات الشرعية ، جـ ١ ، ص ٣٤ .

(٨) قراعة ، علي محمود : كتاب الأصول القضائية ، ص ٥ .

رسمية مسؤولة عن تلك المصلحة .أمَّا إذا وجدت جهة رسمية لها الاختصاص، مثل : الحسبة فلا تسمع الدعوى إلا من جهتها [١] .

وقد فرق النظام بين الصفة كشرط لقبول الدعوى لحظة تقديم الدعوى حيث يترتب على انتفائها عدم قبول الدعوى [٢] . وبين زوالها أثناء سير الخصومة، حيث يترتب عليها انقطاع الخصومة ؛ لإعطاء فرصة للخصم لعمل ما يمكن إصلاحه خلال مدة شهر؛ شريطة ألا تكون الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها ، فإن تهيأت فلا تنقطع الخصومة ؛ والعلة في ذلك عدم تحقق المصلحة والفائدة من وراء انتفائها بعد أن تهيأت للحكم .

وبعد انقطاع الخصومة وانتهاء المهلة بعدم مراجعة الخصوم؛ فإن للقاضي التصدي للحكم بعدم القبول؛ كون الصفة متعلقة بالنظام العام، حيث يحق لصاحبها التمسك بها، كما يحق للقاضي التصدي لها في أي مرحلة من مراحل الدعوى [٣] .

وقد اشترط المنظم الأهلية كشرط لقبول الدعوى [٤]، وذلك اقتداء بالفقه ؛ حتى يكون هناك تكافؤ في أطراف الدعوى [٥] .

وانتفاء الأهلية وقت تقديم الدعوى ؛ يحكم فيها بعدم قبولها؛ بنص المادة (٧٢) من النظام . وعند فقدها أثناء سير الخصومة؛ يترتب عليها انقطاع الخصومة ما لم تكن الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها ، فإن تهيأت فلا تنقطع الخصومة ؛ لعدم تحقق المصلحة والفائدة من وراء انتفائها بعد أن تهيأت للحكم .

وبعد انقطاع الخصومة يعطي القاضي مهلة شهر[٦]، فإن لم يراجع الخصوم تصدى للحكم بعدم القبول؛ كون شرط الأهلية متعلقاً بالنظام العام حيث يحق للخصم التمسك به ،ويحق للقاضي التصدي له في أي مرحلة[٧].

وأرى أنه من الممكن التعبير عند انتفاء الصفة بتخلف شرط المصلحة النظامية أو المشروعة ؛ كون النظام نص على ضرورة توافر شرط الصفة . ومن الجائز أيضاً القول: بأن انتفاء الأهلية يعني في نفس الوقت انتفاء شرط المصلحة النظامية أو المشروعة ؛ كون النظام نص على ضرورة اشتراط الأهلية .

---

(١) المادة (٥) ، و١/٥ و٢/٥و٣/٥ من نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية .
(٢) المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .
(٣) انظر المادة (٧٢) ، والمادة (٨٤) من النظام ، والفقرة ١/٨٤من لائحته التنفيذية .
(٤) المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي ..
(٥) قدامة ، عبد الله أحمد : المغني ، جـ ١٤ ، ص ٣٤٩ .
(٦) ٨٤/ ١ من اللائحة التنفيذية .
(٧) المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

وهنـاك شـروط لم يتطـرق لهـا النظـام، وهـي مـا يُعبـر عنهـا بـالشروط السلبية التي إذا تحققت أو تحقق أحدها ؛ فـإن الـدعوى تكـون غيـر مقبولـة، وإنما اكتفى المنظم بالنص في عجز المادة(٧٢) بقوله:"أولأي سبب آخر". مثل : سبق الفصل في الدعوى أو سبق الصلح أو التنـازل أو الاتفـاق علـى التحكيم [١] .

هذه الشروط يمكن دمجها في شرط المصلحة؛ لأنـه لا فائـدة مـن رفـع دعوى سبق الفصل فيها أو ونحو ذلك . وتحقق أي من تلك الشروط؛ يعنـي في نفس الوقت تخلف شرط المصلحة .

صفوة القول :

تستخدم الـدعوى القضائية فـي شكل طلـب إلـى القضـاء . والـدفع بعـدم القبول يوجه إلى ذات الطلب القضائي الـذي يتخلـف فيـه شـرط المصـلحة ، أو شرط الصفة أو شـرط الأهليـة أو لأي سـبب آخـر، أي مـن شـروط قبـول الدعوى سواء أكانت عامـة، أو خاصـة فـي بعض الـدعاوي، أو تحقـق أحـد الشروط السلبية، مثل : سبق الفصل فـي الموضـوع أو الصـلح أو التحكيم ونحو ذلك .

ويمكن دمج الشروط الواجب توافرها فـي الـدعوى القضـائية ــ الطلـب القضائي في شرط وحيد وهو شـرط المصـلحة ، وبالتـالي يظهـر هـذا الـدفع في حال تخلف هذا الشرط أوعدم تحقق أي من خصـائصه .

والدفع بعـدم القبـول يمكـن أن يوجـه لأي دفـع أو طعـن فـي حـال تخلـف شرط المصلحة .

وأرى أن المصـلحة فـي الـدعوى التـي تـصلح كشر ط لقبـول الـدعوى، هـي الحاجـة إلـى الحمايـة القضـائية التـي قـد تجلـب لصـاحبها نفـع معتبـر أو تدفع عنه ضرر حال أو محدق .

هـذه المصـلحة تختلـف عـن المصـلحة الموضـوعية؛ مـن حيـث أنهـا تكـون مقبولـة إذا تـوافرت شـروطها ، وذلـك قبـل الفصـل فـي موضـوع الـدعوى . بينما المصلحة الموضوعية لا تثبت إلا بالحكم فيها لصاحب الحق .

ويترتب على ذلك أن تخلف المصلحة في الدعوى يُحكم فيها بعدم القبول . أمَّا تخلـف المصـلحة الموضـوعية يحكـم فيهـا بـرفض الـدعوى ؛ ولـذلك فـإن شروط المصلحة في الدعوى تختلف عن شروط إثبات الحق الموضـوعي. وهناك صلة بين المصلحة في الدعوى والمصلحة الموضوعية ؛ تتمثـل فـي أن تـستند المـصلحة فـي الـدعوى علـى الحـق الموضـوعي . وهـذا الاسـتناد

(١) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٤٨ .

ليس إلا تحسساً ظاهرياً يقوم به القاضي عند فحص شروط الدعوى ، بحيث لا يتعرض فيه لمدى إثبات هذا الحق من عدمه ؛ لأن هذا التعرض يكون بعد قبول الدعوى وعند الفصل في موضوعها .

المطلب الثالث

الدفع بعدم القبول وشرط المصلحة في القانون

اختلف فقهاء القانون عند وضعهم شروطاً لقبول الدعوى إلى آراء متعددة [1]

ويمكن إجمالها في اتجاهين :

الاتجاه الأول :

يرى بعض فقهاء القانون أنه لابد من توافر مجموعة متعددة من الشروط في الدعوى ؛ لكي يتم قبولها ، وتكون صالحة للفصل في موضوعها بعد ذلك .

وتصنف هذه الشروط وفق الآتي :

١ـ شروط عامة للدعوى [2]، وهي : المصلحة[3]، والصفة[4] ، والأهلية[5]، وأن تستند الدعوى إلى حق [6] .

٢ـ شروط خاصة يتطلب القانون المصري توافرها في دعاوى معينة دون غيرها من الدعاوي ، مثل :المواعيد الخاصة ببعض الدعاوي : كأن ترفع دعوى الحيازة خلال سنة من بدء الاعتداء أو العمل (م٩٥٨ ، ٩٦١ ،٩٦٢مدني)، وأن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة الأخذ بالشفعة وإلا سقط الحق فيها (م٩٤٣مدني) [7] .

ويتعين أن تُباشر خلال مدة الميعاد أو بعد انقضائه أو قبل بدايته، فإن لم

---

(١) كامل ، رمضان جمال : شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً (مكتبة الألفي القانونية ، المنيا ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨م) ، ص ١١.

(٢) الشروط العامة : " عبارة عن الخصائص الإيجابية التي يتطلب القانون توافرها في الدعوى لقبولها والفصل في موضوعها ": فهمي ، وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، ص٩١.

(٣) المصلحة : " هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلبه ، فحيث لا تعود على المدعي فائدة من رفع الدعوى لا تقبل دعواه " (نقض ١١/ ١٢/ ١٩٤٧م مجموعة النقض ـ المكتب الفني ـ ١ـــ ١٣ـــ ٦٢٣) . انظر :
مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ١، ص ١٣٠.

(٤) المقصود بها أن يكون المدعي ذا صفة في المطالبة بما يدعيه والمدعى عليه ذا صفة في توجه الدعوى أو الطلب إليه . انظر : مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٣٢٩ .

(٥) المقصود بها أن يكون المدعي والمدعى عليه أهلاً للتقاضي . انظر : مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٣٣٤ .

(٦) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٥٣ .

(٧) فهمي ، وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، ص٩١.

تمارس الدعوى أو الدفع أو الطعن خلال المدة الزمنية المحددة ؛ فإنها تكون غير مقبولة[١] .

٣ـ عدم تحقق بعض الموانع من قبول الدعوى ، وهو ما يُعبر عنها بالشروط السلبية . ويترتب على تحقق أيّ منها عدم قبول الدعوى ، مثل : انقضاء الدعوى بالتقادم ، أو سبق الفصل في موضوعها أو بالصلح أو الاتفاق على التحكيم ، أو وجود ما يمنع من سماع الدعوى ؛ لاعتبارات خاصة من قبل المقنن المصري ، مثل : عدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها عند الإنكار إلا بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة١٩٣١م . ولا تُسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة دون السادسة عشرة من العمر، أو سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة وقت إبرام الزواج [٢] .

وشرط الصفة والمصلحة وفقاً لهذا الاتجاه يجب توافرها بأشخاص الدعوى ، سواء أكان مدعياً أو مدعى عليه أو مُتدخلاً أو مُدخلاً في الخصومة [٣] .

والمقصود بتوافر الصفة كشرط لقبول الدعوى وجود تطابق بين المركز القانوني للشخص رافع الدعوى ومركزه الإجرائي والمركز القانوني للمدعى عليه والمركز القانوني للمعتدي على هذا الحق المدعى به. وعلى هذا ليس بوسع أي شخص مباشرة دعوى ليس مأذوناً باستعمال هذه السلطة ؛ فالصفة إذن لدى هذا الفقه هي:" رفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة " [٤].

هذا المعنى المحدود للصفة قد يثبت لشخص واحد من أشخاص القانون، وقد يثبت لمجموعة أشخاص ممثلين في جمعية أو نقابة أو هيئات معينة[٥].

والشروط السلبية المتعلقة بموضوع الدعوى يجب ألا تتحقق وإلا كان الطلب القضائي غير مقبول . فمثلاً الدفع بحجية الشيء المقضي به لسبق الفصل في الموضوع هو في حقيقة الأمر حسب هذا الرأي دفعٌ بعدم القبول. ومن جهة أخرى فموضوع الادعاء بأكمله بأشخاصه وسببه وموضوعه يتحتم ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو حسن الآداب وإلا كان

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٥١.

(٢) فهمي ، وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، ص٩٢.

(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٤٩ .

(٤) سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، جـ ١ ، ص ١٦٥ ، ١٦٦ .

(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٥٠ .

الطلب غير مقبول [١] .

ويرى هذا الفقه تعدد الشروط اللازمة لقبول الدعوى، هي في حقيقتها يجب توافرها في الطلب القضائي كشرط لقبوله، باعتباره الوسيلة الفنية التي عن طريقها يستعمل الحق في الدعوى القضائية [٢].

وكيفية بحث هذه الشروط من جهة القاضي الذي ينظر النزاع ؛ يبدأ ببحث توافر المصلحة وأوصافها المختلفة، ثم يبحث توافر شرط الصفة . فإن وجد أن أحد هذه الشروط غير موجود يحكم بعدم قبول الطلب القضائي . أمَّا إذا توافرت يكون الطلب مقبولاً مبدئياً ، فينتقل القاضي للبحث عن وجود أو عدم وجود الحق الموضوعي ، فإن لم يجد نصاً حكم برفض الطلب . ويرى بعضهم أن وجود الحق الموضوعي ليس شرطاً لقبول الدعوى ، وإنما الذي يشترط لقبولها، هو وجود نص قانوني يستطيع صاحبه التمسك به [٣].

ويرى بعضهم أن شرط الأهلية يُعتبر من شروط قبول الدعوى ، على أن الرأي الذي يسود الفقه الآن، هو اعتبار الأهلية من شروط صحة الخصومة لا من شروط قبول الدعوى [٤] .

وباستعراض آراء أصحاب هذا الاتجاه الذي يشرط توافر مجموعة من الشروط حتى تكون الدعوى مقبولة ، وتخلف أحد الشروط يولد دفعاً بعدم القبول . والدفع بعدم القبول في هذه الأحوال يؤدي إلى عدم جواز نظرها.

الاتجاه الثاني :

يرى أصحابه - وهو رأي الفقه الحديث - أن الشرط الوحيد لقبول الدعوى هو : توافر المصلحة لدى رافعها ، بحيث أدخل هذا الفقه في معناها كل العناصر المستفادة من سائر الشروط ، فوسع مدلولها بأن وضع لها أوصاف أو خصائص أو صفات معيَّنة يجب أن تتصف بها[٥] ، حتى غدت المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى . ومعنى ذلك أن البحث في توافر شرط المصلحة لقبول الدعوى لا يمكن أن يتناول البحث في وجود الحق الذي تُقام الدعوى لحمايته ، وإلا كان ذلك خلط بين موضوع الدعوى وشرط قبولها ، وإنما يتناول وجود الحق في مباشرة الدعوى أو عدم وجوده بصرف النظر عن وجود الحق المطلوب حمايته أو تقريره .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٥١.
(٢) المرجع السابق ، ص ٥١.
(٣) المرجع السابق ، ص ٥١ وما بعدها .
(٤) مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٣٣٤.
(٥) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٤١.

فمثلاً في دعوى الدين لا ينظر في قبولها إلى نشوء الدين واستقراره في الذمة وعدم البراءة منه ، وإنما ينظر فيها إلى تحقيق الشرط في المطالبة بالدين بحلول أجله مثلاً وانتفاء موانع المطالبة به، مثل : سبق الفصل فيه ، أو حصول الصلح عنه ، أو زوال صفة الطالب فيه بحوالة للغير (١).

واختلف هذا الفقه حول مفهوم المصلحة؛ لتنوع استعمالاتها في معاني متعددة ومختلفة .

ويُمكن عرض آراء هذا الفقه وفقاً للآتي :

الرأي الأول :

يرى أنصاره أن الدعوى توجد بوجود الحق الذي نشأت لحمايته ، ومع ذلك فهي كوسيلة قانونية ليست مطلقة الاستعمال . بل هناك ضابطاً لإحسان استعمالها وهو أن يكون من يباشرها ذا مصلحة في ذلك (٢) .

فالحق شرط لوجود الدعوى والمصلحة شرط لقبولها(٣) . وتتحقق المصلحة في حالة وجود حق للمدعي أعتدي عليه أو مهدد بالاعتداء عليه، ومن ثم فالمصلحة في قبول الدعوى وثيقة الصلة بالحق الموضوعي ، فهي تدور معه وجوداً وعدماً ، فكلما كان هناك اعتداء على حق أو تهديد بالاعتداء عليه كان لصاحبه مصلحة في طلب حماية القانون . فالاعتداء أو التهديد به سببٌ لتحقق المصلحة وليس مرادفاً لها . ومن ناحية أخرى يكون الاعتداء سبباً في تحقيق الحاجة إلى حماية القانون ، وهذه هي التي ترادف المصلحة في الدعوى ؛ وتعني المصلحة بهذا المعنى : الحاجة إلى حماية القانون أو الغاية التي ينشدها من يرفع الدعوى . هذه الغاية تكون في العادة تحقيق الحماية القانونية ، فتستبعد بذلك الرغبة في الحصول على مجرد منفعة مادية أو أدبية ؛ لأن هذا المعنى الضيق يجعل المصلحة في الدعوى تعبيراً لاقيمة له،فالمنفعة المادية أو الأدبية لا يتحصل عليها المدعي من الحكم له في الدعوى، باعتبارها غاية في ذاتها. بل لأنها المظهر أو الوسيلة لتحقيق حماية القانون .فالحكم إذا صدر بمبلغ التعويض للمدعي عن ضرر أصابه ؛ إنما يصدر باعتبار أن هذا التعويض هو وسيلة القانون لحماية الحق المعتدى عليه . ومن ثم فالمصلحة المعتبرة هي الحكم في الدعوى ؛ لأنه هو الذي يحقق حماية القانون (٤).

وهي بهذا المعنى تُعرف بأنها : " المنفعة التي يتحصل عليها المدعي

---

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٤٢.

(٢) المرجع السابق ، ص ٤٥ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٣٤.

(٤) المرجع السابق ، ص ٥٤ وما بعدها .

بتحقيق حماية القانون لحقه الذي أعتدي عليه،أو المهدد بالاعتداء عليه"[١].

والفارق بين المعنيين أنه يقصد بالمصلحة في المعنى الأول: الدافع أو الباعث أو السبب في رفع الدعوى . ويقصد بالمصلحة في المعنى الثاني: الغاية من رفع الدعوى . فلو أخذت المصلحة بالمعنى الأول : تعني الحاجة إلى حماية القانون ، وتحديد طبيعة المصلحة يتوقف حينئذ على تقدير طبيعة الحق الذي أعتدي عليه، وبدرجة الاعتداء الواقع عليه . أمَّا إذا أخذت بالمعنى الثاني: تعني المنفعة التي ينشدها المدعي بتحقق حماية القانون، وتحديد طبيعة المصلحة يتوقف على ما يطلبه المدعي في دعواه ، وعلى مدى تقديره لما يعوضه عن الضرر الذي أصابه، أو عن الاعتداء الواقع عليه، ولا ينظر إلى درجة الاعتداء ذاته، أو إلى قيمة الضرر الذي ترتب عليه [٢].

على أن الفارق بين المعنيين دقيق إلى حد يصعب إدراكه في كثير من الأحيان ؛ فإن الباعث والغاية كثيراً ما يتحدان ، يوجد بينهما ما يربطهما من رابطة سببية . فأحدهما سبب والآخر نتيجة . وقد يكون الباعث هو الغاية . وقد تكون الغاية هي الباعث . وإذا صدق هذا في بعض الحالات فإنه في هذه الحالة منطبق تماماً. إذ أن الباعث هو: الحاجة إلى حماية القانون ، والغاية هي: الحصول على هذه الحماية ليتحدان في بعض ، وليس من السهل التفريق بين الحاجة إلى الشيء ، والرغبة في الحصول على ذات الشيء . ويُمكن تعريف المصلحة وفقاً لهذا الرأي بأنها : " الحاجة إلى حماية القانون للحق المعتدى عليه ،أو المهدد بالاعتداء عليه والمنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقق هذه الحماية [٣] .

هذا الرأي ربط بين المصلحة والدعوى رابطة وجود وعدم وليس رابطة شرط بمشروط [٤]. ولا يُميز بين المصلحة في الدعوى والمصلحة القانونية، بحيث جعل المصلحة في الدعوى هي ذاتها المصلحة القانونية . وهو ناشئ عن نظرته للدعوى باعتبارها عنصراً من عناصر الحق ، فعنصرا الحق هما: المصلحة والحماية القانونية . وصورة الحماية القانونية هي الدعوى ذاتها [٥] . إضافة إلى أن مفهوم المصلحة لن يُحدد ويُعرف صاحبها إلا بعد صدور الحكم المقرر للحماية القضائية،وبالتالي فهي ليست

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٥٥ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٥٥ .
(٣) المرجع السابق ، ص ٥٥ وما بعدها .
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٥٧.
(٥) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٣٥ ، ٦١.

شرطاً لقبول الدعوى ، وإنما شرط لإثبات الحق الموضوعي ؛ لأنها لو كانت شرطاً للقبول للزم الأمر أن يبحث عن تعريف آخر[١] .

ويترتب على هذا الرأي أن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي ، فهو من الدفوع الموضوعية مع خلاف واحد، هو أنه لا يتناول الحق ذاته بالإنكار أو بالاحتجاج بأدائه أو انقضائه ؛ ولكنه يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق نفسه، وما إذا كان من الجائز استعمالها أو أنه لم يتوفر شرط ذلك الاستعمال بعد [٢] . بل ذهب هذا الرأي إلى أن هناك من حالات الدفع بعدم القبول ما يتعلق بأصل الحق ذاته، مثل : الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة القانونية، كما إذا رفع المدعي دعواه معتمداً على مصلحة اقتصادية لا يحميها القانون فدفع في مواجهته بعدم قبول دعواه ؛ لأنه لا يقصد حماية حق له بل لمجرد مصلحة لا يحميها القانون[٣] .

الرأي الثاني :

يرى أنصاره أنه لا بد من التمييز بين المصلحة كشرط لنشأة الحق في الدعوى وبين المصلحة كشرط لقبول الادعاء الذي يتضمنه الطلب القضائي[٤]، وذلك خلاف الرأي السابق الذي لا يميز بينهما .

وأنه لابد من توافر شروط لنشأة الحق في الدعوى ، وهي :

١ـ وجود حق أو مركز قانوني .

٢ــ اعتداء يحرم صاحبه من منافعه حتى يحتاج لحماية القضاء لرد الاعتداء.

٣ـ الصفة .

هذه الشروط إذا توافرت ينشأ الحق في الدعوى أي تنشأ المصلحة في الدعوى ، وإذا تخلف شرط منها فلا ينشأ الحق في الدعوى [٥] .

والمصلحة لا يمكن أن تكون شرطاً سابقاً على وجود الدعوى ، ذلك أنها تكون مضمون الحق في الدعوى ، فالدعوى حق أي مصلحة يعترف بها القانون ، بمعنى مصلحة الشخص في الحصول على حماية القانون بواسطة القضاء، وتنشأ هذه المصلحة أي ينشأ الحق في الدعوى إذا توافرت تلك الشروط [١] .

وما دامت المصلحة هي العنصر الداخلي للدعوى ، فلا يتصور أن تكون

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٦٢.
(٢) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٤١٢ وما بعدها .
(٣) المرجع السابق ، ص ٤١٧.
(٤) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩٣ .
(٥) المرجع السابق ص ٥٧ وما بعدها .
(٦) والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، ص ١٢٧.

شرطاً لنشأة الحق فيها . فإذا كان للشخص حق موضوعي وحدث عليه اعتداء لم يحرمه من منافع هذا الحق، بحيث لا يحتاج إلى حماية القضاء ، فلا ينشأ الحق في الدعوى . أمَّا إذا كان الاعتداء يحرمه من منافع حقه حرماناً يحتاج إلى الحماية القضائية؛ فإنه تنشأ له مصلحة في الحماية القضائية، أي ينشأ له الحق في الدعوى. وينتهي هذا الرأي إلى أن المصلحة في الدعوى لا تضيف شيئاً جديداً ؛ سوى أنها تعبر عن نشأة الحق في الدعوى(١).

ويرى أصحاب هذا الرأي ضرورة التمييز بين الحق في الدعوى ومجرد الحق في الحصول على حكم في موضوع الدعوى ، فإن تخلف شرط من شروط نشأة الحق في الدعوى ترتب عليه رفض الدعوى ، أمَّا عدم توافر شرط من شروط الحق في الحصول على حكم في موضوع الدعوى يترتب عليه عدم قبول الدعوى (٢).

والنتيجة الحتمية لهذا الرأي إخراج شرط المصلحة من شروط الدعوى ، والنظر إليها باعتبارها مضمون الحق في الدعوى حتى يزيل كثيراً من اللبس الذي أحاط بهذه الفكرة ؛ فميز بين ثلاثة أنواع من المصالح ، وهي :

١ـ المصلحة الموضوعية :

هي التي تكون محل الحماية ، فهي مضمون الحق الموضوعي أو المركز القانوني والتي يرفع المدعي دعوى لحمايتها.

٢ـ المصلحة في الدعوى :

هي الحاجة إلى الحصول على حكم من القضاء لحماية الحق الموضوعي أو المركز القانوني الموضوعي . والفارق بين المصلحتين واضح . فالمصلحة الأولى توجد ولو قبل الاعتداء على الحق ، أمَّا المصلحة الثانية فلا توجد إلا عند الاعتداء عليه ؛ إذ بهذا تنشأ المصلحة أي الحاجة للحماية القضائية .

٣ـ المصلحة الإجرائية :

هي التي تتطلب القيام بعمل إجرائي معين في الخصومة(٣) .

وتختلف هذه المصلحة عن المصلحة كشرط من شروط نشأة الحق في الدعوى . فالمصلحة في الإجراء هي التي يتم بها استعمال حق الدعوى ؛ فإذا تقدم شخص بطلب إلى المحكمة ضد المدعى عليه؛ بهدف الحصول

---

(١) والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، ص ١٢٧ وما بعدها .

(٢) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩ وما بعدها .

(٣) والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، ص ١٢٩.

على الحماية القضائية لحقه ؛ فإنه يُخول لكل من الطرفين سلطات معينة . وإعمالاً لمبدأ الاقتصاد في الخصومة، فمن الثابت أن أيَّة رغبة من أحدهما إلى المحكمة لا ينظر في قبولها إذا كان من الواضح أن قبولها لا يسهم في تحقيق الحماية القانونية لمقدمها، حيث أن مثل هذا النظر يعتبر مضيعة للوقت وانحرافاً عن هدف الدعوى . وهذا المبدأ يُسمى بشرط المصلحة . إذ لا مصلحة لطرف في إجراء لا يمكن أن تساهم نتيجته في حماية حقه أو مركزه القانوني الموضوعي . والبحث في المصلحة في الإجراء يكون سابقاً على البحث في موضوع الطلب أو الدفع أو الطعن ؛ ولهذا فإن جزاء عدم توافر هذه المصلحة يترتب عليها عدم قبول الطلب أو الدفع أو الطعن. فالمصلحة في الإجراء وفقاً لهذا الرأي تعتبر شرطاً لقبول أي طلب أو دفع أو طعن باعتبار أنها تتعلق بصلاحية إجراء معين؛ لتحقيق الحماية القضائية أو المساعدة في تحقيقها . ولهذا قد تتوافر شروط الدعوى دون أن تتوافر المصلحة في الإجراء، والعكس أيضاً صحيح . وعليه فعند النظر في توافر أو عدم توافر المصلحة في الإجراء لا يُنظر إلى الشروط اللازمة لوجود الحق في الدعوى (1).

وتختلف المصلحة في الإجراء عن سلطة الخصم أو حقه في القيام بالإجراء . فسلطة الخصم أو حقه في القيام بالإجراء قد توجد لمجرد توافر صفة الطرف في الخصومة، أو بتوافر شروط معينة . كما أن المصلحة في الإجراء قد تتوافر بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية التي أرادها القانون من قاعدة معينة . فلو رفعت الدعوى لمحكمة غير مختصة محلياً ؛ فإن للمدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص . ولا يصح القول بعدم جواز قبول هذا الدفع لانعدام المصلحة، ذلك أن هذا الدفع من شأنه منع صدور الحكم لمصلحة المدعي، وهو ما يحقق مصلحة المدعى عليه في الدفع أي في الإجراء . بالإضافة إلى أن المصلحة في الإجراء مفترضة فليس على الطرف الذي يعلن رغبته إلى المحكمة إثبات مصلحته في الإجراء (2) .

وينتهي هذا الرأي إلى أن الشرط الوحيد لقبول الدعوى، هو شرط المصلحة . ويقصد بها مصلحة المدعي في بحث موضوع الدعوى، أي في سماع الدعوى . هذا الشرط يعتبر تطبيقاً لشرط المصلحة في الإجراء(3).

ويترتب على هذا الرأي أن الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحالة التي تتخلف

---

(1) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٦٤ وما بعدها .
(2) المرجع السابق ، ص ٦٥ وما بعدها .
(3) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٦٧.

فيها المصلحة في نظر الدعوى؛ لوجود عيب شكلي أو موضوعي في إعلان الرغبة الإجرائية المتمثل في الطلب القضائي الذي يمارس بـه المدعي دعواه ، أو لعدم قيام مصلحة تبرر نظر مضمون الدعوى [١].

وأرى أن هذا الرأي وإن بدأ انطلاقاً من مفهومه حيال استقلال الدعوى عن الحق الموضوعي، إلا أنه جعل وجود الحق الموضوعي شرطاً لنشأة الحق في الدعوى ؛ ومسألة وجود الحق الموضوعي أو عدم وجوده تتطلب نظر الدعوى من حيث موضوعها ؛ ومسألة قبول الدعوى أو عدم قبولها هي مرحلة سابقة على نظر موضوع الدعوى .

إضافة إلى أن هذا الرأي وإن كان قد ميز بين شرط المصلحة الموضوعية والمصلحة في الدعوى ؛ بما يزيل معه اللبس الذي كان دارجاً في الفقه، إلا أن شرط المصلحة في الإجراء الذي أشار إليه لم تكن ثمة حاجة لتقريره ؛ لأنه يضع لبساً حول مفهومه، بحيث يتعارض مع ما هو مقرر في القانون . فالقانون قد ينص مثلاً على البطلان كجزاء لعدم القيام بإجراء معين في الخصومة أي لعدم تحقق المصلحة في الإجراء ، مثل : بطلان صحف الدعاوى وإعلانها ، وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الإعلان [٢]؛ بما يؤدي إلى الخلط بين البطلان وعدم القبول عند تخلف المصلحة في الإجراء . وهذا أمر لا يُمكن التسليم به إذ أن عدم القبول يرد على الدعوى أو الطلب أو الدفع ، بخلاف البطلان فهو يرد على العمل الإجرائي ذاته . ويشكل كل واحد منهما نوعاً من الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات[٣] .

وثمرة هذا الخلط الواضح لدى هذا الرأي، هو تقسيمه الدفع بعدم القبول إلى قسمين :

الأول : الدفع بعدم القبول الموضوعي : ويكون عند تخلف أحد شروط الحق في الدعوى إذا كان هذا التخلف ظاهرا .

الثاني : الدفع بعدم القبول الإجرائي : وهو ينشأ عن تخلف أحد الشروط اللازمة لإمكان نظر القاضي (حالة بطلان الطلب) [٤].

الرأي الثالث :

يرى أنصاره أن المصلحة في الدعوى تعني الحاجة إلى الحماية القضائية،

---

(١) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص٤٩٢، ٤٩٣.

(٢) أبو الوفا ، أحمد : التعليق على نصوص قانون المرافعات ، ص ٥١٨.

(٣) رمضان ، أيمن أحمد : الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، (دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، ٢٠٠٥م) ، ص ٢٠٤.

(٤) والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، (دار الطباعة الحديثة ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٧م) ، ص ١٨.

ذلك أن القضاء سلطة من سلطات الدولة لا يباشر وظيفته في الحماية القضائية إلا إذا كانت هناك حاجة إلى هذه الحماية . وإذا كان القضاء الموضوعي يحقق هذه الحماية عن طريق الفصل في موضوع الدعوى ، فإن القانون يشترط لقبول الدعوى ومن ثم للفصل في موضوعها أن تكون هناك حاجة لهذه الحماية [١].

هذه المصلحة هي التي تصلح أساساً كشرط لقبول الدعوى ، وعند تخلف إحدى خصائصها ينشأ الدفع بعدم القبول، فهو يتعلق بإنكار الحماية القضائية على طالبها .

نص قانون المرافعات المدنية التجارية في مادته الأولى من القانون رقم (٨١) لعام ١٩٩٦م التي حلت بديلاً عن المادة الثالثة للقانون الحالي رقم (١٣) الصادر عام ١٩٦٨م[٢]على شرط المصلحة باعتباره الشرط الوحيد ليس لقبول أي دعوى فحسب ، وإنما لقبول أي طلب أو دفع ، وبالتالي فهو يأخذ بالاتجاه الحديث للفقه والقضاء [٣] .

وحدد القانون خصائص أو أوصاف لهذه المصلحة، وهي أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة ، وقائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يُخشى زوال دليله عند النزاع فيه [٤] .

وشرط المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة ، أي أنها لا تكون إلا في حالة رفع الدعوى باسم صاحب الحق المعتدى عليه المطلوب حمايته ، وهي لا تكون كذلك إلا إذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق أو من يمثله [٥] .

فالمصلحة الشخصية إذن؛ هي مصلحة صاحب الحق في دفع الاعتداء الواقع على حقه أو حماية حقه من وقع الاعتداء عليه . وقد اعتاد الشراح على تحديد هذا الشرط بالنسبة لشرط الصفة الذي أجمعوا على وجوبه لقبول الدعوى [٦] .

ويختلط تعريف الصفة أحياناً بتعريف المصلحة الشخصية، وأحياناً يفترق عنه ليختلط بتعريف السلطة أو الأهلية .

ويمكن تقسيم الشراح الذين عرفوا الصفة إلى فريقين :

---

(١) فهمي ، وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني، ص ٩٢.

(٢) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ١ ، ص ١٢٧.

(٣) أبو الوفا ، أحمد : التعليق على نصوص قانون المرافعات ، ص ١٠٢ .

(٤) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ١ ، ص ١٢٧.

(٥) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة ، ص ٢٦٨ .

(٦) المرجع السابق ، ص ٢٦٩ .

الأول : عرَّفوا الصفة بتعريف المصلحة الشخصية؛ فقالوا: إن الصفة في رفع الدعوى لحماية الحق ، تكون لصاحب الحق وحده ، فصاحب الصفة في الدعوى هو صاحب الحق . ويمكن معرفة ذلك من خلال التعرف على ما إذا كان هو صاحب الحق الذي يراد حماية حقه من عدمه [(١)].

والثاني : يرون أن الصفة يمكن أن تلحق أيضاً بمن له حق رفع الدعوى إلى القضاء نيابة عن المدعي الأصيل[(٢)]. فهم يرون أن المصلحة الشخصية والمباشرة هو شرط الصفة بذاته، بمعنى أن الصفة المطلوبة في التقاضي ليست إلا المصلحة الشخصية المباشرة [(٣)] .

أمَّا أصحاب الرأي الأول يفرقون بينهما فالصفة قد يقصد بها المصلحة الشخصية ؛ وهذا ما أراده الفقهاء بقولهم : إن صاحب الصفة هو صاحب الحق المدعى به . وقد يُقصد بها معنى آخر، وهو سلطة استعمال الدعوى ومباشرتها ؛ وهذا ما يقصدونه بقولهم : إن صاحب الصفة هو من يمثل صاحب الحق المدعى به . وواضح أن هذا المعنى يختلف عن سابقه ؛ فالصفة بمعنى المصلحة الشخصية المباشرة هي شرط لقبول الدعوى . والصفة بمعنى السلطة أو الأهلية إنما هي شرط لمباشرة إجراءات الدعوى ولصحة الخصومة [(٤)].

وتبدو أهمية التفرقة بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي من حيث الآتي :

١ـ وسيلة التمسك بعدم توافر الصفة في الدعوى، هي الدفع بعدم قبول الدعوى . أمَّا تخلف الصفة في التقاضي، فيجري التمسك به عن طريق بطلان الإجراءات .

٢ـ يؤدي زوال الصفة في الدعوى بالنسبة لأحد أطرافها أثناء سيرالدعوى؛ لأن تصبح الدعوى غير مقبولة، وذلك لأن شروط الدعوى يجب أن تتوافر عند الحكم في موضوعها . أمَّا زوال الصفة في التقاضي للنائب أثناء السير في الخصومة؛ فيؤدي إلى انقطاعها وفقاً للمادة (١٣٠) مرافعات[(٥)] .

وقد أخذ قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بالاتجاه الأول الذي يرى أن المصلحة الشخصية والمباشرة، هي الصفة ذاتها كشرط لقبول الدعوى .

---

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة ، ص ٢٦٩ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٢٧٠ .
(٣) جميعي ، عبد الباسط : مبادئ المرافعات ، ص ٢٣٤ .
(٤) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة ، ص ٢٧٠ ، ٢٧١ .
(٥) فهمي ، وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، ص١٢٧.

وهناك استثناءات من خاصية المصلحة الشخصية والمباشرة؛ أجازها القانون .مثل : الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن على مدين مدينه لمطالبته بحق مدينه؛ لأنه تعود عليه من ذلك منفعة وفائدة شخصية ، وكذلك المصلحة العامة . مثل: دعاوى النقابات والجمعيات ، ودعاوى الحسبة(١) .

ومن خصائص المصلحة أن تكون المصلحة قائمة وحالة أي غير محتمله ، إلا إذا كان الغرض من ذلك الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يُخشى زوال دليله عند النزاع فيه . والمقصود بكونها قائمة وحالة ، أي حصل اعتداء بالفعل على حق رافع الدعوى أو المركز القانوني ، مع استثناء أن تكون المصلحة محتملة لم يقع اعتداء على حق رافع الدعوى أو المركز القانوني، وإنما لتوقي الضرر قبل وقوعه (٢) .

ومن خصائص المصلحة وأوصافها أن تكون قانونية (٣)، أي أن تستند الدعوى إلى حق أو مركز قانوني محدد، بحيث يكون الغرض حماية هذا الحق أو المركز القانوني بتقريره إذا ما نُوزع فيه، أو دفع العدوان الواقع عليه، أو تعويض ما لحق به من ضرر نتيجة لذلك . أمَّا إذا كانت المصلحة لا تستند إلى حق أو مركز يقره القانون، فهي مصلحة اقتصادية بحتة لا يحميها القانون . فمثلاً رفع دعوى التعويض التي يرفعها صاحب محل تجاري على قاتل عميل كان يستورد منه أشياء فحرمه مما كان يحققه من مكاسب(٤) . والمصلحة القانونية قد تكون مادية أو مالية حينما يكون الغرض من الدعوى حماية حق عيني أو اقتضاء حق شخصي ، سواء بتنفيذ التزام عقده المدعى عليه مع المدعي تنفيذاً عينياً، أو بطلب مبلغ مالي يمثل حقاً للمدعي على المدعى عليه . وقد تكون المصلحة القانونية معنوية أو أدبية . مثل : مطالبة شخص بتعويضه عما لحق بسمعته جراء فعل ضار ارتكبه خصمه في حقه، مع نشر الحكم في الجريدة التي نشر بها المقال(٥).

واشتراط أن تكون المصلحة قانونية يُغني عن كافة الأوصاف الأخرى التي يراها الفقه ضرورية لجعل الطلب القضائي مقبولاً (٦) .

---

(١) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ١ ، ص ١٣٩ ،١٤١،١٤٠.
(٢) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٤٩ .
(٣) المقصود بها : المنفعة التي يقرها القانون(نقض ١٦/ ٥/ ١٩٧٢م ـ سنة ٢٣ ـ ص ٩٣٣).
مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ١ ، ص ١٣٤.
(٤) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٣٤ .
(٥) المرجع السابق ، جـ ١، ص ١٣٥.
(٦) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص٧٠.

والمصلحة القانونية هي وحدها التي تصلح أن تكون عماداً وأساساً للدعوى(١) ، فمن يعدد شروط قبول الدعوى التي تتعلق بموضوعها يمكن إدماجها في قالب هذا الشرط وحده فهو يُغني عنها . فمثلا من يشترط أن تستند الدعوى على حق، فهو في واقع الأمر ليس إلا مرادفاً للمصلحة القانونية من حيث كونه مشروعاً قانوناً ومحمياً من قبل القانون . وكون الحق مستحق الأداء هو مرادف للمصلحة القائمة الحالة (٢) .

ومن يرى أنه يشترط لقبول الدعوى أن ترفع في خلال ميعاد معين وإلا كانت غير مقبولة، فإنه يمكن الاستغناء عنها بتوافر المصلحة القانونية بحيث لو رُفعت في ميعاد خلاف المنصوص عليه، فإن المصلحة القانونية منتفية في هذه الحالة. وهناك من يربط ذلك بنشوء الحق في الدعوى من جهة والحاجة إلى الحماية القضائية من جهة أخرى (٣) .

وهذا يعني أنه لا يمكن استعمال الحق في الدعوى قبل نشوء الحق فيه؛ فصاحب الحق ليس من حقه اللجوء للقضاء،إلا إذا حدث اعتداء على حقه.

ومن يشترط عدم سبق الفصل في موضوعها كشرط لقبولها، يمكن أيضاً الاستغناء عنه بتوافر المصلحة القانونية . فوجود سبق الفصل في موضوعها، يعني انتفاء المصلحة القانونية، بحيث لاحاجة للحماية القضائية، ويعتبر من قبيل العبث البحث في دعوى انقضى فيها الحق سواء أكان انقضاء الحق، كما لو صدر في موضوعها حكم حائز لحجية الأمر المقضي، أو انقضاء الدعوى بالتقادم، أو حالة نزول صاحب الدعوى عن حقه في الدعوى (٤) . وهكذا فإن شروط قبول الدعوى يمكن إدماجها في شرط المصلحة اللازمة لقبول الطلب القضائي (٥) .

ويرى البعض أن اشتراط المصلحة أن تكون قانونية لا يعني اشتراط وجود الحق الموضوعي لقبول الدعوى ـ الطلب القضائي ـ إنما أن تكون الدعوى ادعاء بحق أو مركز قانوني، فالقاضي يتأكد من مشروعية الادعاء أي قانونيته دون أن يتعرض لفحص الوقائع التي يبني عليها المدعي طلبه، فإن تبين أن قواعد القانون تحمي المصلحة المطلوبة؛ فإن الدعوى تكون قانونية ، وإلا فإنه يحكم بعدم قبولها دون التحقق من الوقائع

(١) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ١ ، ١٣٥.
(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٥٣ .
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٦٥ .
(٤) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٦٨ .
(٥) عمر ، محمد عبد الخالق : فكرة عدم القبول باللغة الفرنسية ، ص ٩٧ . نقلاً عن : عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٩٢ .

والفصل فيها[١].

والسؤال الذي يُمكن طرحه : هل عدم القبول يتوجه إلى الدعوى ذاتها أم إلى الطلب القضائي ؟

عرَّف أحد شراح القانون الطلب القضائي بأنه : عمل إجرائي يعلن به المدعي رغبته في الحصول على حماية قضائية معينة لحق أو مركز قانوني للطالب في مواجهة خصمه [٢] .

وبهذا العمل يتميز الطلب عن الدعوى باعتبارها الحق في الحصول على هذه الحماية . وبناءاً على ذلك لا يوجد الطلب إلا ببدء الخصومة ، في حين أن الدعوى توجد ولو لم تبدأ الخصومة . والتنازل عن الطلب القضائي لا يترتب عليه انقضاء الدعوى،فللمدعي رفع دعواه مرة أخرى . وقد يكون الطلب القضائي صحيحاً دون أن تكون الدعوى مقبولة؛ ذلك أن الدعوى ليست هي الطلب أمام القاضي، وإنما هي الحق في الحماية القضائية . وقد يُقدم الطلب من شخص لاحق له في الحماية، فيوجد الطلب دون الدعوى[٣].

ورغم ذلك إلا أن بينهما ارتباطاً وثيقاً . فالدعوى تستخدم عن طريق الطلب القضائي، حيث إنه الأداة الفنية التي عن طريقها يمكن استعمال الحق في الدعوى القضائية . فالدعوى تتجسد في الطلب ، ولكن الطلب لا يجسد الدعوى إلا إذا كان طلب حماية قضائية للمدعي حق الحصول عليها [٤].

ويترتب على هذا التمييز أن الدفع بعدم القبول ــ في نظر بعض الشراح ـ لا يمكن أن يوجه إلى ذات الدعوى القضائية؛ لأن ذلك يعني أنها غير موجودة، أو أنه لا يمكن استخدامها بشكل صحيح ؛ فلذلك لابد أن يوجه إلى وسيلة استخدامها وهو الطلب القضائي [٥] .

ويرى بعض الفقه[٦] الإجرائي الحديث في مصر أن استعمال الحق في الدعوى ، يتم عن طريق الطلب القضائي ، ومضمونه إعلان رغبة إجرائية . وقد يكون هذا الإعلان معيباً في موضوعه أو شكله أو قد لا تتوافر المصلحة في الإجراء ، وذلك إذا كان تحقيق الرغبة المطلوبة ليس من شأنه توفير الحماية لطالبها أو المساعدة في تحقيقها . ففي مثل

---

(١) فهمي ، وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، ص٩٤ .
(٢) المرجع السابق ، ص٣٩٩ .
(٣) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٥٠ وما بعدها .
(٤) المرجع السابق ، ص ٥١.
(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٥٤ .
(٦) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩٣.

هذه الحالات فإن الطلب القضائي فضلاً عن خضوعه لتكييف عدم القبول، باعتباره عملاً إجرائياً لما ذكر من الأسباب، فإنه يخضع أيضاً لنفس التكييف ؛ لأسباب تتعلق بعدم توافر الحق في رفع الدعوى . كما رُؤي استعمال فكرة عدم القبول في الحالات التي يكون فيها تخلف الحق واضحاً لاحاجة إلى نظر الموضوع ، سواء أكانت هذه الحالات تتعلق بشروط نشأة الحق في الدعوى أو انقضائه [١] .

ونتيجة لذلك فإن الأوصاف الخاصة بشرط المصلحة كشرط لقبول الطلب القضائي يمكن أن تتصل بشكل أو بآخر بشروط نشأة الحق في الدعوى ، حيث إن هذا الاتصال يظهر من باب تكييف الأداة التي يمارس فيها الحق بأوصافه، حيث يوصف بأنه حق عقاري أو وارد على منقول . والدعوى توصف بنفس أوصاف محل الحق الذي تحميه بأنها دعوى عقارية أو منقولة وغير ذلك . وعلى ذلك يمكن القول بأن المصلحة كشرط لقبول الدعوى أو الطلب القضائي توصف بأوصاف الحق في الدعوى ؛ لأنه يوجد تطابق دائم بين الطلب القضائي وهدف الدعوى في الحصول على الحماية القضائية . فإذا ما وجد القاضي أن الطلب لا يسنده حق الدعوى؛ فإنه يحكم بعدم قبوله أي بعدم صلاحيته للحماية القضائية . ومن هنا ينعكس تخلف شروط الحق في الدعوى على الطلب القضائي بما يؤدي إلى عدم قبوله[٢] .

صفوة القول في هذا المطلب :

المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الطلب القضائي . ولها مجموعة أوصاف يجب توافرها، وأن المصلحة كشرط لقبول الطلب القضائي تختلف وتتصل بالمصلحة كشرط لنشأة الحق في الدعوى، أو المصلحة كعنصر من عناصر الحق أو المركز القانوني الموضوعي محل الاعتداء الذي تحميه الدعوى القضائية عندما تمارس بواسطة الطلب القضائي . والدفع بعدم القبول يوجه إلى الطلب القضائي الذي تخلفت فيه المصلحة أو أحد أوصافها، فهو يوجه لشرط المصلحة منظوراً إليه كشرط أساسي ووحيد لقبول الطلب القضائي [٣] .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٦٨.
(٢) المرجع السابق ، ص ٦٩ وما بعدها .
(٣) المرجع السابق ، ص ٨٦ ، ٩٢.

المطلب الرابع

المقارنـــــــــــــــة

يمكن عرض المقارنة وفقاً للآتي :

١ـ يتفق كلٌ من الفقه والنظام والقانون على اشتراط المصلحة لقبول أي دعوى أو دفع أو طعن .

وأوجه الخلاف :

لم يستخدم الفقهاء نفس اللفظ وإنما يتفقون على مضمونه باعتباره من جملة الشروط اللازم توافرها لقبول الدعوى، بخلاف النظام والقانون فقد أشارا لذلك ضمن نصوصهما .

وأرى أن هذا الخلاف لفظي فقط أما من ناحية المضمون فلا اختلاف بينهم.

٢ـ تعني المصلحة في الدعوى التي تصلح كشر ط لقبول الدعوى في الفقه الإسلامي والنظام أنها : الحاجة إلى الحماية القضائية التي قد تجلب لصاحبها نفع معتبر أو تدفع عنه ضرر حالٌّ أو محدق .

بينما القانون اختلف شراحه حول مفهوم المصلحة تبعاً لتنوع استعمالاتها المختلفة . فمنهم من يخلط بين المصلحة في الدعوى والمصلحة الموضوعية ؛ لأنه يعد الدعوى عنصر من عناصر الحق ؛ والتي تتمثل في الحماية القانونية ، ويترتب على ذلك أن الدفع بعدم القبول دفع موضوعي . ومنهم من يميز بين المصلحة في الدعوى والمصلحة الموضوعية والمصلحة في الإجراء ؛ وجعل الحق الموضوعي شرطاً في نشوء الحق في الدعوى . ويترتب على ذلك تقسيمه للدفع بعدم القبول إلى قسمين : الأول :دفع بعدم القبول الموضوعي . والثاني : دفع بعدم القبول الإجرائي . وسبق مناقشة هذا الرأي وسابقه فلا حاجة لتكرار ذلك .

والرأي الراجح في الفقه القانوني الحديث أن المصلحة التي تصلح كشرط لقبول الدعوى هي : الحاجة إلى طلب الحماية القضائية التي قد تعود بالفائدة على المدعي فيما لو حكم له .

وأرى أن الرأي الراجح في الفقه القانوني الحديث ؛ هو ما يتطابق مع الفقه الإسلامي والنظام .

٣ـ تتعدد شروط قبول الدعوى في الفقه الإسلامي .

والنظام يَرُدُّ شروط قبول الدعوى إلى شرط المصلحة وأوصافها؛ بالإضافة إلى شرط الصفة وشرط الأهلية .

بينمـا القـانون انقـسم شـراحه إلـى فـريقين : الأول يأخـذ بتعـدد شـروط القبول.أمَّا الفريق الثاني : فيَرُدُّ شروط قبول الدعوى إلى شرط وحيد وهو المصلحة وأوصافها ؛ وهو رأي الفقه الحديث ، وأخذ بـه قـانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

وأرى أنـه مـن الجـائز التعبيـر عـن شـروط قبـول الـدعوى فـي الفقـه والنظام بشرط المصلحة وأوصافها دون دمجها أو إلغائها .

٤ــ يوجـه الـدفع بعـدم قبـول الـدعوى إلـى الـدعوى القـضائية أو للطلـب القضائي، وذلك حال تخلف أي شرط من شروط قبولها في الفقـه الإسلامي والنظام والفقه القانوني الذي يرى تعدد شروط القبول .

وأوجه الخلاف:

الفقـه القـانوني الحديث متفق علـى أن يوجـه الـدفع بعدم القبـول إلـى الطلـب القضائي باعتباره أداة استخدام الدعوى القضائية ، وذلك حال تخلـف شـرط المصلحة أو تخلف أي وصف من أوصافها باعتبـاره الشرط الوحيد لقبولـه في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

وأرى أنه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بـرأي الفقـه القـانوني الحـديث فـي الفقه الإسلامي والنظام ؛ طالما أنه يُمكن التعبير عن شـروط القبـول بـشرط المصلحة وأوصافها .

٥ـ يتفق النظام والقانون في أن شرط الصفة يتعلـق بـالنظـام العـام ، ويجـوز التمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى القضائية. وهـذا يتماشـى مـع الفقه الإسلامي ؛ طالما أنه يُمكن استنتاج ذلك من مؤلفاتهم .

٦ـ تعتبر الأهلية شرطاً من شروط قبول الدعوى في الفقه الإسلامي ، وفـي حال تخلف هذا الشرط لا تسمع الدعوى ولا تقبل .

ونظام المرافعات الشرعية السعودي اقتدى بـالفقـه الإسـلامي فـي ذلـك عمـلاً بـنص المـادة (٧٢) باعتبـاره مـن النظـام العـام ، ويجـب التمـسك بـه فـي أي مرحلة تكون عليها الدعوى .

بينما الراجح من الأقوال عند فقهاء القـانون والقـضاء المـصري أن الأهليـة ليـست شـرطاً لقبـول الـدعوى ، وإنمـا شـرط لـصحة إجـراءات الخـصومة. ووسيلة التمسك بعدم توافرها هي : الدفع ببطلان الإجراء وليس الدفع بعدم قبول الدعوى [١].

---

(١) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ١، ص ١٨٢.

المبحث الرابع

الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية

تمهيد وتقسيم

يقتضي هذا المبحث التركيز على نشاط الدفع بعدم قبول الدعوى داخل الخصومة المدنية في الفقه والنظام والقانون ، من حيث مركزه بالنسبة للأعمال المكونة للخصومة المدنية ، بمعنى هل إذا افتقدت هذه الأعمال أحد مقتضياتها الموضوعية أو الشكلية يمكن أو لا يمكن توجيه الدفع بعدم القبول إليها ، وبالتالي يُمكن معرفة مدى نشاط هذا الدفع داخل نطاق الخصومة المدنية .

ويتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية في الفقه

المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية في النظام

المطلب الثالث:الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية في القانون

المطلب الرابع : المقـــــــــــــارنة

المطلب الأول

الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية في الفقه

أعرض للخصومة القضائية في الفقه ، ثم بيان نشاط الدفع بعدم القبول بالنسبة للأعمال المكونة للخصومة وفقاً للآتي :

أولاً : الخصومة في اللغة :

"الخاء والميم أصلان، أحدهما جانب الوعاء، والآخر : المنازعة"(١). ومنه الخصومة : وهي الجدل، تقول : خاصَمَهُ خِصَاماً ومُخاصَمَة فخصمه يخصمه خصماً : غلبه بالحجة. والاسم الخصومة من التخاصم والاختصام، وهي مصدر خصمته إذا غلبته في الخصام ، ولا يقال نازعته فنزعته ؛ لأنهم يستغنون عنه بغلبته . والخصم معروف ، وجمعه خصوم ، وقد يكون الخصم للاثنين والجمع والمؤنث . وقيل للخصمين خصمان ؛ لأخذ كل واحد منهما في شِقٍ من الحجاج والدعوى(٢) .

ثانياً : الخصومة القضائية في اصطلاح الفقهاء وعلاقتها بالدعوى :

عرَّف بعض الفقهاء الخصومة بتعاريف ؛ فمن أهمها ما يلي :

١ـ الخصومة : " مدارها على خمسة : الدعوى والجواب واليمين والنكول والبينة " (٣) .

٢ـ الدعوى :" تدور على خمسة أشياء : الدعوى وجوابها واليمين والبينة والنكول والسادس يتعلق بهذه الأصول والسابع في دعوى النسب وإلحاق القائف " (٤) .

٣ـ الخصومة هي:" الدعوى الصحيحة أو الجواب الصريح بنعم أو لا "(٥).

٤ـ الخصومة هي : " الدعوى والجواب عنها" (٦) .

---

(١) ابن فارس ، أحمد : معجم مقاييس اللغة ، جـ ٢ ، ص ١٨٧، مادة خصم .

(٢) ابن منظور ، محمد مكرم : لسان العرب ، جـ ١٢ ، ص ١٨٠، وما بعدها ، باب الميم فصل الخاء .

(٣) الرملي ، محمد أحمد حمزة : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، جـ ٨ ، ص ٣٣٣.
الشربيني ، محمد محمد الخطيب : مغني المحتاج ، جـ ٦، ص ٤٠٠ .
البجيرمي ، سليمان عمر : حاشية البجيرمي ، (المكتبة الإسلامية ، ديار بكر ، تركيا ، د. ط ، د. ت) ، جـ ٤ ، ص ٣٩٣.

(٤) النووي ، يحي شرف : روضة الطالبين ،(دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية ، طبعة خاصة ، ١٤٢٣هـ) ، جـ ٨ ، ص ٢٨١ .

(٥) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٤٨٥.

(٦) المرجع السابق ، جـ ١١ ، ص ٥٣٤ .

٥- الخصومة : " قول يستعمل في إظهار الحق " (١) .
٦- هي : الجواب بنعم أو لا ، وفسرت في الجوهرة بالدعوى الصحيحة أو الجواب الصريح ، والخصم يشمل الطالب والمطلوب (٢) .
٧- هي:" اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة " (٣) .
٨- هي : " كل من تعلق بخصم فله مخاصمته " (٤) .

الخصومة في عُرف الفقهاء إذن هي : الدعوى الصحيحة وما يترتب عليها من لزوم حضور الخصم ، وإلزامه بالجواب عنها . والشخص إذا تقدم بدعواه إلى القضاء ؛ إنما يقصد في نفس الوقت مخاصمة شخص معين أو أكثر حال المنازعة ؛ ويدخل فيها دعوى منع التعرض . أما الدعوى التي تكون حال المسالمة ؛ فمفهومها عند الفقهاء الدعوى بمعناها اللغوي ، وليست بمعناها الشرعي (٥) .

ويترتب على ذلك أنه قد توجد الدعوى دون أن تكون فيها خصومة وتعني في هذه الحالة المعنى اللغوي لا الشرعي . فمثلاً دعوى إثبات حفظ البينات لحق يُخشى أن يكون محلاً للنزاع في المستقبل ، فهذه لا خصومة فيها ، ويطلق عليها بعض الفقهاء دعوى إثبات ؛ لأن المدعى عليه فيها غير موجود ؛ وبعضهم يجعله مقدر أي محتمل و يسميه الخصم المسخر ،

ويُطلق على الدعوى التي معناها الخصومة دعوى حكم . أمَّا دعاوى الحقوق العامة ، كمن يدعي أن المكان الذي بيده وقف على كذا ؛ مضمونها دعوى إثبات لا دعوى حكم (٦) .

وأرى أن دعوى الإثبات أيضاً تنتهي بصدور حكم ، وإن كان حكم إثبات لا حكم فصل ؛ فيكون الذي يميز الخصومة في عُرف (اصطلاح) الفقهاء عن الدعوى بمعناها اللغوي هو وجود المدعى عليه ؛ لمخاصمته حال المنازعة ، ويدخل فيها دعوى منع التعرض .

---

(١) قودر ، شمس الدين أحمد : تكملة شرح فتح القدير ، جـ ٨ ، ص ١١١.
(٢) ابن نجيم ، زين الدين محمد : البحر الرائق ، جـ ٧ ، ص ١٤٤ .
(٣) السرخسي ، شمس الدين : المبسوط ، جـ ١٩ ، ص ٥ .
(٤) العبدري ، محمد يوسف : التاج والإكليل ، (دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨) ، جـ ٦ ، ص ١٤٦ .
(٥) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٤١ . الجارم ، محمد صالح : المجاني الزهرية على الفواكه البدرية لابن الغرس ، ص ٨٥ .
(٦) ابن مفلح ، إبراهيم محمد عبد الله : النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر ، (مكتبة المعارف ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٤هـ) ، جـ ٢ ، ص ٢٣٤ .

ثالثاً : علاقة الدفع بعدم القبول بالخصومة القضائية :

تتكون الخصومة في الفقه الإسلامي من شقين : الأول : الدعوى الصحيحة . ويترتب على ذلك أن شروط قبول الدعوى هي نفسها شروط قبول الخصومة [١] . وتخلف أحد شروط القبول يؤدي إلى عدم قبولها .

والشق الثاني : هو ما يترتب على الدعوى الصحيحة من إجراءات يقوم ببعضها الخصوم والبعض الآخر القاضي وأعوانه إلى حين صدور حُكم في موضوعها ، أو انقضائها قبل الحكم بسبب معين ، مثل: الصلح[٢].

وهناك مقتضيات موضوعية يتطلب توافرها في القاضي والخصوم والغير؛ لصحة العمل الإجرائي ، مثل :الإرادة والأهلية ووجود المحل وصلاحية القائم بالإجراء [٣]. فلو فسق القاضي أو زال عقله أو زالت ولايته ؛ فإنه يترتب على أحكامه البطلان ؛ لأن ما يمنع التولية ابتداء يمنعها دواماً إذا طرأ ذلك عليه؛ لفسق أو زوال عقل ونحو ذلك [٤] .

وحكم القاضي لنفسه ورفيقه وشريكه في المشترك، وكذا أصله وفرعه على الصحيح لا يصح ، ويترتب على حكمه البطلان [٥] .

وهناك ما يتعلق باختصاص القاضي أو المحكمة ، ومثال ذلك: لو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة ، فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى ، والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك ، فالعبرة في الراجح من أقوال الفقهاء لمكان المدعى عليه[٦] . أمَّا إذا كان المدعى به عَيْنَاً فالعبرة بمكانها [٧] . ولو خالف المدعي ذلك ترتب على دعواه البطلان حيث يحق للقاضي أن يمتنع عن نظر دعواه ؛ لعدم الاختصاص ويحق أيضاً للخصم دفع دعوى المدعي بعدم اختصاص المحكمة .

---

(١) الشوكاني ، محمد علي : الأدلة الرضية ، تحقيق محمد صبحي الحلاق ، (دار الندى ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ، ص ٢٨٦ .

(٢) لمن أراد الاطلاع على مسببات انقضاء الخصومة فليرجع إلى :
المحارب ، محمد أحمد : انقضاء الخصومة في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، دراسة تأصيلية مقارنة ، (بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية من جامعة نايف العربية عام ١٤٢٧هـ) .

(٣) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٨٨ .

(٤) الشربيني ، محمد محمد الخطيب : مغني المحتاج ، جـ ٦ ، ص ٢٧٠
البهوتي ، منصور يونس : كشاف القناع عن متن الإقناع ، جـ ٦ ، ص ٣٢٣٩ .

(٥) الشربيني ، محمد محمد الخطيب : مغني المحتاج ، جـ ٦ ، ص ٢٨٩ .

(٦) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٣٨ .

(٧) ابن فرحون ، إبراهيم محمد : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ٧٥.

وأمَّا فقد أحد الخصوم لأهليته إما بموته ، أو زوال عقله ونحوه أثناء سير الخصومة يترتب عليه وقف الخصومة من القاضي، ويمهل ورثة الخصم حتى ينتصب من يقوم محلَّ مورِّثهم، وكذا الولي ينتصب عمَّن زال عقله . وبعد زوال الطارئ يمكن للخصومة أن تسير بشكلها المعتاد نظرا؛ لأنه لا تصح دعوى ولا إنكار إلا من جائز التصرف[1] .

والمدعى به إن كان عَيْنَاً وهلكت أثناء سير الخصومة ، فللمدعي أن يذكر قيمتها ، فهي كدعوى الدين في الحقيقة [2] .

وأمَّا المقتضيات الشكلية في الخصومة أي الوسيلة أو الشكل الذي يتم العمل فيه مثل : الكتابة والإعلان وتحديد المواعيد ، فقد بيَّن الفقهاء أن تكون بالقول ، فإن لم يستطع المدعي عليه لبكم ونحوه يمكنه الكتابة دون أن يذكروا شكليات معينة لها [3]؛ ولكن يفهم منها أن المدعي لابد أن يذكر اسمه واسم خصمه ويحرر دعواه . وعند نقص أي معلومات فيها يستوضح منه القاضي ذلك. أمَّا الإعلان وهو:إعلام الخصم بالحضور ، فلا يوجد فيه ضوابط معينة ، والمرجع فيه للقاضي نفسه في إعداد صياغته وطريقة تنفيذه [4].

والمواعيد ذكرها الفقهاء بمعنى الإعذار والتأجيل مثل : إرجاء الحجة للغائب ، وإمهال المدعي لتقديم بيِّنته ، وإمهال المدعى عليه في تقديم دفعه ونحو ذلك [5] . ويترتب على انقضائها إمضاء القضاء في الدعوى [6] .

والدفع بعدم قبول الدعوى يظهر نشاطه في الخصومة عند الفقهاء على اعتبار أن مفهوم الخصومة لديهم هو: الدعوى الصحيحة وما يترتب عليها[7] ، فيترتب على ذلك أن شروط قبول الدعوى هي شروط قبول الخصومة ، فإن تخلف شرط منها يؤدي إلى الدفع بعدم قبول الدعوى أي عدم قبول الخصومة .

أمّا إجراءات الخصومة (إجراءات المحاكمة) ، يترتب على تخلف أي من مقتضياتها الموضوعية البطلان . والمقتضيات الشكلية في الخصومة يضيق نطاقها عند الفقهاء .

---

(١) البهوتي ، منصور يونس : كشاف القناع عن متن الإقناع ، جـ ٦ ، ص ٣٣٢٩.
(٢) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص٥٥٥ .
(٣) المرجع السابق ، جـ ١١ ، ص ٥٣٥ .
(٤) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ١٤٠.
(٥) ابن فرحون ، إبراهيم محمد : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٤٢.
(٦) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ٢١٠.
(٧) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٣٤.

وقد تُقدم طلبات عارضة أثناء انعقاد الخصومة ، سواء من قبل المدعي أو من المدعى عليه أو المتدخل في الخصومة بناء على طلب الغير ، ومثال ذلك : من الطلبات العارضة التي قد تقدم من المدعي طلب الأمر بإجراء تحفظي مثل : طلب حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل به[1]. وقد يكون طلباً الغرض منه تصحيح الطلب الأصلي إما بالزيادة فيه أو النقص منه وتقويم التالف ونحو ذلك [2] .

والدفع بعدم القبول يُمكن توجيهه لهذه الطلبات العارضة التي قد تُقدم للقاضي أثناء انعقاد الخصومة بالشكل الصحيح ؛ فيما لو أصدر القاضي حُكمه بعدم قبولها .

ويرد القبول أو عدم القبول على الدفوع التي تقدم من الخصم للقاضي أثناء انعقاد الخصومة [3].

ويرد القبول أوعدم القبول أيضاً على بعض أدلة الإثبات ، مثل : قبول الشهادة،أو عدم قبولها لعداوة أو لفسق ونحو ذلك من موانع قبولها[4].

---

(١) ابن قدامة ، عبد الله أحمد : المغني ، جـ ١٤ ،ص ٢٢١ .

(٢) الشوكاني ، محمد علي : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، جـ ٤ ، ص ١٣٤ .

(٣) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص٦٥٩.

(٤) المرجع السابق ، جـ ١١ ، ص١٤٨.
ابن فرحون ، إبراهيم محمد : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٩٠.

المطلب الثاني

الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية في النظام

لم يتضمن نظام المرافعات الشرعية السعودي تعريفاً للخصومة القضائية .

وعرَّفها الاستاذ الدكتور / فؤاد عبد المنعم والدكتور / الحسين على غنيم بأنها : " مجموعة الأعمال الإجرائية التي يطرح بها الادعاء على القضاء ويتم تحقيقه ، والفصل فيه " [(١)]. وهي تختلف عن الدعوى ؛ لأن الدعوى حق الالتجاء إلى القضاء للحصول على الحماية النظامية للحق المدعى به ، أمَّا الخصومة فهي وسيلة ذلك . ويترتب على هذا الرأي أن شروط الدعوى تختلف عن شروط قبول الخصومة [(٢)] .

وأرى أن مفهوم الخصومة في النظام لا يخرج عن مفهومها في الفقه الإسلامي، فهي تعني الدعوى الصحيحة وما يترتب عليها من إجراءات؛ حتى صدور حكم في موضوعها ، أو انقضائها بغير حكم ، مثل : ترك الخصومة من قبل المدعي أي تنازله عن دعواه عملاً بالمادة (٨٢) .

ويدل على ذلك ما يلي :

١ـ كثيراً ما يستعمل المنظم في مواده مصطلح الدعوى ويقصد به الخصومة ، مثل : المواد (٨٢، ٨٣، ٨٧) من نظام المرافعات.

٢ـ ورد في المادة (٥٣) على أن غياب المدعي عن جلسة من جلسات المحاكمة دون تقديم عذر تقبله المحكمة يترتب عليه شطب الدعوى . والمراد به شطب الخصومة ؛ لأن الشطب لا يرد على الدعوى ـ عند من يرى أن الخصومة تختلف عنهاـ ، فهو يعني زوال الخصومة مع بقاء حق الدعوى قائماً [(٣)]؛ ولكن المنظم تعمد إيراد الشطب على الدعوى على اعتبارها مكوناً من مكونات الخصومة .

ويترتب على ذلك أن شروط قبول الدعوى هي ذاتها شروط قبول الخصومة ، فإن تخلف شرط من شروطها حُكم بعدم قبولها .

وأمّا إجراءات الخصومة ، فهناك مقتضيات لصحة أي عمل إجرائي يقوم به القاضي أو الخصوم أو الغير، وهي إمَّا أن تكون موضوعية على

---

(١) أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ١١٢ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١٢.

(٣) دويدار : طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ١٩٢.

اعتبار أن العمل الإجرائي من قبيل الأعمال النظامية شأنه في ذلك شأن أي عمل نظامي آخر، وذلك مثل : الإرادة بأن تكون مما يعتد بها النظام. فلو صدر العمل الإجرائي عن شخص لا يملك إرادة لا يعتد به ، وكذلك محل العمل الإجرائي بأن يكون مشروعاً ومعيناً وموجوداً . وصلاحية القائم بالإجراء ، وذلك بتوافر الأهلية الإجرائية فيه، سواء أكان من الخصوم أو القاضي وأعوانه . وإمَّا أن تكون مقتضيات شكلية، مثل: الكتابة والإعلان والمواعيد ونحو ذلك(١).

ونظام المرافعات الشرعية أشار لذلك في مواده ، فمثلاً منع النظام أعوان القضاة من الكتبة والمحضرين وغيرهم مباشرة عملاً يدخل في حدود وظائفهم في الدعاوي الخاصة بهم أو بأزواجهم أو بأقاربهم أو أصهارهم حتى الدرجة الرابعة وإلا كان هذا العمل باطلاً (٢) .
وكذا في طريقة التبليغ ووقته وكيفية تسليمه (٣) . وكيفية رفع الدعوى وقيدها(٤) ، وكيفية رد القاضي (٥) .

وقد نص النظام على أن الإجراء يكون باطلاً إذا نص النظام على بطلانه، أو شابه عيب تخلف بسببه الغرض من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء (٦) .

والعيب المقصود به هو : مخالفة العمل الإجرائي للنموذج الذي حدده المنظم . ويترتب على تخلف أي من المقتضيات الموضوعية أو الشكلية لإجراءات الخصومة البطلان وليس عدم القبول(٧).

وفكرة الدفع بعدم القبول لا يمكن إعمالها داخل الخصومة المدنية إلا إذا انعقدت بشكل صحيح ، فحينها تثور مسألة قبول الطلبات العارضة أو عدم قبولها ، وعند حدوث عارض يؤدي إلى إبطالها ؛ فإن هذا يؤثر على ما تم قبوله. وما لم يتم قبوله منها قد تنفتح أمامه فرصة القبول في حال تجدد الخصومة(٨) . وقد نص النظام ـ في الفصل الثالث ـ على كيفية تقديم

---

(١) هاشم ، محمود ، محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٨٨ .
(٢) المادة (٨) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .
(٣) انظر المواد (١٢ ــ ٢٠) من النظام نفسه .
(٤) انظر الباب الثالث من النظام نفسه .
(٥) انظر المادة (٩٢) من النظام نفسه .
(٦) المادة (٦) من النظام نفسه .
(٧) العبد اللطيف ، عبد العزيز محمد : أحكام البطلان في نظام المرافعات السعودي على ضوء الفقه الإسلامي ، (بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية من جامعة نايف العربية عام ١٤٢٥هـ)، ص ٢٥٣.
(٨) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم قبول الدعوى ونظامه القانوني ، ص ٩٦ .

الطلبات العارضة وشروط قبولها [١] .

وترد فكرة الدفع بعدم القبول داخل الخصومة المدنية على الدفوع، سواء أكانت دفوعاً موضوعية أو شكلية أو دفوعاً بعدم القبول عملاً بنص المادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

كما ترد فكرة عدم القبول أيضاً على الاعتراض على الحكم بالتمييز إذا قُدم بعد انقضاء ميعاده [٢] .

وخلاصة القول :

الجزاء الذي يترتب على تعييب إجراءات الخصومة، هو البطلان إذا لم يمكن تصحيحه ، أمّا إذا أمكن تصحيحه فعلى المحكمة أن تصححه. كما أنه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا تحققت الغاية من وراء الإجراء[٣] . فالحكم إذن البطلان وليس الدفع بعدم القبول.

---

(١) انظر مواد النظام من المادة (٧٨) إلى المادة (٨١) .

(٢) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ١٢٨.

(٣) المادة (٦) من النظام نفسه .والمادة (١٩٠) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي . الهبوب ، بكر عبد اللطيف : نظرية البطلان في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، (بحث منشور بمجلة العدل ، وزارة العدل ، الرياض ، السعودية ، عدد (٢٨) شوال ، ١٤٢٦هـ) ، ص ١٧٠.

المطلب الثالث

الدفع بعدم القبول والخصومة القضائية في القانون

اختلف الفقه القانوني في تعريف الخصومة القضائية إلى عدة تعاريف، بحيث يمكن عرضها على النحو الآتي :

التعريف الأول :

يرى أصحابه أن الخصومة هي : الحالة القانونية التي تنشأ لحظة رفع الدعوى إلى القضاء ،أي بممارسة الدعوى إلا أنه غلب في فقه المرافعات نسبة إجراءات التقاضي إلى الخصومة أكثر من نسبتها إلى الدعوى [١] .

التعريف الثاني :

يرى أصحابه أن الخصومة : عبارة عن عمل تتابعي يتشكل من عدة أعمال يقوم ببعضها الخصوم وأعوانهم ، ويقوم ببعضها الآخر القاضي وأعوانه ، وهذه الأعمال تتابع زمنياً ومنطقياً ، بحيث يظهر كل عمل منها مفترضاً العمل اللاحق ، والتي تهدف إلى الحصول على حكم في الموضوع .[٢] .

التعريف الثالث :

يرى أصحابه أن الخصومة : مجموعة الأعمال التي ينظمها القانون لأداء العمل القضائي ، بمعنى أنها الشكل القانوني للعمل القضائي [٣].

التعريف الرابع :

يرى أصحابه أن الخصومة :" عبارة عن مجموع الأعمال الإجرائية الصادرة من الخصوم والقاضي وأعوانه والغير والتي تكون وسطاً إجرائياً يكون بمثابة الإطار العام الذي يحيا بداخله مشروع القرار القضائي الذي يُسمى حكماً ، والذي سوف يصدر في نهاية الخصومة منهياً إياها " [٤].

التعريف الخامس :

يرى أصحابه أن الخصومة هي : " مجموعة الإجراءات التي يتم بها رفع الدعوى إلى القضاء ، وإبداء الدفاع بشأنها وتحقيقها ، ثم الفصل فيها

---

(١) مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٣٧٥ .
أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٤٩.

(٢) والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص ٥٨.

(٣) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٨٨.

(٤) عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٣٨٢ وما بعدها.

بواسطة الحكم " [١].
هذه التعاريف متقاربة في وصف الخصومة القضائية وتكييفها .
ويجمع الفقه القانوني على أن الخصومة تختلف عن الدعوى ؛ لأنها تتولد من استعمال الدعوى ، فهي الوعاء الذي يحتويها أمام القضاء ؛ وينبغي التمييز بينهما ؛ لأن لكل منهما شروطه وأحكامه الخاصة به [٢].
فالخصومة إذن تتكون من مجموعة من الأعمال الإجرائية . والعمل الإجرائي مكون من مكونات الخصومة ويرتب أثراً إجرائياً فيها ، ولابد أن يتم بمسلك إيجابي لمن يقوم به . وعلى ذلك فدراسة أوراق الخصومة لا تعد عملاً إجرائياً ، وكذلك الغياب عن الحضور في جلساتها ، وكل ما يتم من أعمال خارجها ، مثل: تقديم شكوى إلى جهة إدارية لا يعد عملاً إجرائياً [٣] .
هذا العمل الإجرائي له مقتضيات يجب توافرها ؛ وتعني كل ما يتطلب القانون توافره لوجود العمل الإجرائي مرتباً لآثاره القانونية . ومن هذه المقتضيات ما هو ضروري لوجود العمل في ذاته، وتسمى المقتضيات الموضوعية . ومنها ما هو لازم لصحة العمل، حيث تتعلق بالوسيلة التي يقررها القانون للقيام بهذا العمل، وهذه تُسمى المقتضيات الشكلية، فضلاً عن ضرورة توافر المفترضات أي المقدمات اللازم توافرها قبل اتخاذ العمل الإجرائي في ذاته حتى يكون صحيحاً مرتباً لآثاره [٤].
والمقتضيات الموضوعية المطلوب توافرها للعمل الإجرائي باعتباره من قبيل الأعمال القانونية شأنه في ذلك شأن أي عمل قانوني آخر هي :
١ـ الإرادة : فلابد أن تكون الإرادة مما يعتد به القانون . فلو صدر العمل الإجرائي عن شخص ليس له إرادة لا يعتد به، كما لو صدر عن طفل أو محجور عليه أو تحت تأثير السكر أو الإكراه المعدم للإرادة .

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ الخصومة المدنية ، (دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٨م) ، ص ١١.
(٢) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٥٠.
مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٣٧٥ .
فهمي ، وجدي راغب : مبادئ الخصومة المدنية ، ص ١١.
والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، جـ ١ ، ص ٥٨٦.
عمر ، نبيل إسماعيل عمر ، وآخرون : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٢٠١
(٣) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٨٦ ، ٨٧ .
(٤) والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص ٤٢٥.
هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٨٧.

٢ـ المحل : لابد لكل عمل إجرائي من محل يرد عليه، ومحل العمل الإجرائي هو موضوعه، ويجب توافره بأن يكون موجوداً ومشروعاً ومعيناً .
٣ـ السبب : سبب الأعمال الإجرائية هو المصلحة في العمل عند رأي بعض فقهاء القانون. ويؤكد بعضهم على عدم أهمية السبب للأعمال الإجرائية ؛ لأن المقنن لا يتطلبه فيها .
٤ـ صلاحية القائم بالإجراء : وذلك بتوافر الأهلية الإجرائية في الخصوم ، وإن كان العمل مما يقوم به القاضي، فيجب أن يكون صالحاً للقيام به (١) .

والمقصود بالمقتضيات الشكلية في العمل الإجرائي : تحديد وسيلة القيام به أو تحديد الشكل الذي يتم فيه أمام القضاء ، مثل : الكتابة والإعلان وتحديد المواعيد وغير ذلك ، فهي تتكون من ظروف الزمان والمكان والأشخاص والكيفية التي يتم فيها اتخاذ الإجراء (٢) .

من الثابت في القانون المصري (٣) أنه إذا تخلف مقتضى موضوعي أو مقتضى شكلي من المقتضيات الواجب توافرها لصحة وانعقاد الخصومة ، فإن الجزاء الواجب إعماله في هذه الحالة هو جزاء البطلان .

فالجزاء إذن يترتب على تعييب أو نقص أمر من الأمور المتعلقة بالخصومة القضائية يكون البطلان وليس عدم القبول (٤).

وبناء على ذلك يمكن القول عن عدم قبول الطلب الأصلي إذا تخلفت فيه المصلحة أو وصف من أوصافها ، كما يمكن الكلام عن عدم قبول الطلب العارض المقدم من أحد الخصوم أو من الغير بهدف قبول تدخله أو اختصامه بناء على طلب من الخصوم ؛ وتبرير ذلك يعود إلى أن هذه الطلبات العارضة تشكل مظهراً من مظاهر استخدام الحق في الدعوى(٥) .
ومع ذلك يجب ملاحظة أن مسألة قبول هذه الطلبات أو عدم قبولها لا تثور إلا من خلال خصومة منعقدة بشكل صحيح ، بمعنى أن صحة انعقاد الخصومة يعتبر شرطاً من شروط إعمال فكرة عدم القبول، فإذا لم تكن

---

(١) والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص ٤٢٥.
هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٨٨.
(٢) والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص ٤١٣.
(٣) المرجع السابق ، ص٤٢٥.
(٤) المرجع السابق ، ص٤٢٥.
عمر ، محمد عبد الخالق : عدم القبول باللغة الفرنسية ، ص ٩٢. نقلاً عن :
عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٩٥.
(٥) عمر ، محمد عبد الخالق : المرجع السابق ، ص ٩٢. نقلاً عن :
عمر ، نبيل إسماعيل : المرجع السابق ، ص ٩٥.

الخصومة قد انعقدت أصلاً ، فلا تثور مسألة قبول الطلبات العارضة أو عدم قبولها أساساً . أمَّا في حال انعقاد الخصومة ثم ظهور طارئ يعيقها؛ فإن ذلك يؤثر على ما تم قبوله من طلبات وما تم عدم قبوله منها . وفي حال تجديدها قد تنفتح فرصة جديدة للقبول أمام هذه الطلبات إذا ما تم تجديد الخصومة التي حكم من قبل ببطلانها [١].

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٩٦ .

المطلب الرابع

المقارنـــــــــــــــة

أعرض للمقارنة وفقاً للآتي :

١ـ مفهوم الخصومة في الفقه الإسلامي أوسع من مفهومها في القانون ، وذلك أنها تشمل الدعوى الصحيحة وما يترتب عليها [١] .

بينما يميز الفقه القانوني بينها وبين الدعوى القضائية، فهي في نظر فقهاء القانون وشراحه : حالة قانونية تتولد من رفع الدعوى للقضاء؛ وتعرَّف بأنها سلسلة من الأعمال المختلفة التي يقوم ببعضها الخصوم وأعوانهم والقاضي وأعوانه والتي تبدأ بالمطالبة القضائية إلى صدور الحكم فيها أو انتهائها بغير حكم[٢] .

وأرى أن الشق الثاني من مفهوم الخصومة في الفقه الإسلامي، وهو ما يترتب على الدعوى الصحيحة من إجراءات ؛ يمثل الخصومة في القانون.

ويقتدي نظام المرافعات الشرعية بالفقه الإسلامي في مفهوم الخصومة ، بحسب ما يُفهم من نصوصه .

٢ـ الأعمال المكونة للخصومة أو المكونة لإجراءاتها من مقتضيات سواء أكانت موضوعية أو شكلية اللازمة لصحة العمل الإجرائي، متشابهه في القانون والفقه وإلى حد التطابق في القانون والنظام ، فحيث يختلف الفقه عن القانون في الأمور الشكلية من حيث تطرقه لبعضها أو عدم تطرقه للبعض الآخر، مثل :صحيفة افتتاح الدعوى .

٣ـ يترتب على تعييب إجراءات الخصومة البطلان سواء في الفقه أو النظام أو القانون وليس عدم القبول .

٤ـ يظهر نشاط الدفع بعدم القبول في الخصومة المدنية في الفقه الإسلامي أكثر من القانون، على اعتبار أن مفهوم الخصومة فيه أوسع من القانون.

كما أن مسألة القبول أو عدم القبول يمكن إثارتها من خلال بعض أدلة الإثبات، مثل : قبول الشهادة أوعدم قبولها .

---

(١) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٣٤.
المحارب، محمد أحمد: انقضاء الخصومة في نظام المرافعات الشرعية السعودي، ص٤٤.

(٢) والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص ٥٨.
صاوي ، أحمد السيد : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ،(دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، د. ط ، ١٩٨١م) ، ص ١٣٤ .

٤ـ يتفق الفقه والنظام والقانون على أن مسألة قبول أو عدم قبول الطلبات العارضة من المدعي أو المدعى عليه ، أو المتدخل بهدف قبول تدخله بناء على طلب أحد الخصوم ،لا يمكن أن تثور إلا من خلال خصومة منعقدة بشكل صحيح . والدفع بعدم القبول لا يمكن له النشاط بفعالية إلا من خلال خصومة صحيحة [١].

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٩٦ .

الفصل الثاني

الفصل الثاني

طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون

يتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية (الشكلية) في الفقه والنظام والقانون

المبحث الثاني:علاقةالدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في الفقه والنظام والقانون

المبحث الثالث: الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في الفقه والنظام والقانون

المبحث الأول

علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية (الشكلية) في والفقه والنظام والقانون

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية في الفقه

المطلب الثاني: علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية في النظام

المطلب الثالث : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية في القانون

المطلب الرابع : المقارنة

المطلب الأول

علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية (الشكلية) في الفقه

أعرض للدفوع الإجرائية ثم أوضح علاقة الدفع بعدم القبول بها على النحو التالي :

أولاً : الدفوع الإجرائية :

لم يهتم الفقهاء في تحديدهم لمفهوم الدفع نوعاً من الدفوع ، ألا وهو الدفع الإجرائي (الشكلي) ، وهو ما يطلب فيها المدعى عليه رد دعوى خصمه ؛ لأنه لم يتبع الإجراءات المطلوب اتباعها في رفعها أو السير فيها والتي نص المشرع عليها بأن رفعها إلى غير القاضي المختص، أو أغفل أحد الإجراءات المطلوبة، أو قام بها على وجهٍ خاطئ [1] .

ولعل السبب في ذلك يعود إلى ابتعاد النظام القضائي في الإسلام عن التعقيد الشكلي[2]، حيث إن الأصل لدى الفقهاء في قبول الدعوى أن تكون بالقول ، والاستثناء هو جواز تقديمها بالكتابة[3]. فلا يُقيد المدعي بنمط معين في تقديم صحيفة دعواه . وإن وجد القاضي فيها نقصاً طلب تصحيحه ؛ حتى لا يكون هناك سبباً لرد الدعوى وتأخير الفصل فيها[4].

ومع اتساع رقعة الدولة الإسلامية ، وتوسع المدن وكثرة الناس ظهرت الحاجة ؛ لوضع ضوابط وإجراءات؛ تسهل على الناس المطالبة بحقوقهم . وهذه الإجراءات والضوابط تعد من الأمور الحياتية التي تخضع لمصالح الناس وحاجاتهم ، وتكفل حمايتها وحفظها عن أيدي العابثين[5] .

ورغم سبق الفقه الإسلامي للقانون الوضعي في تنظيم إجراءات التقاضي ، إلا أنه لم يستخدم مصطلح الدفع الإجرائي أو الشكلي كنوع من أنواع الدفوع ، وليس في ذلك غضاضة ؛ طالما أن العبرة تكمن بمعيار مرمى الدفع وليس بمسماه .

ومن الأمثلة على الدفوع الإجرائية في الفقه الإسلامي ما يأتي :

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات، ص ٥٨٧ وما بعدها.
(٢) المرجع السابق ، ص ٦٠٤.
(٣) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٣٥.
(٤) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٦٠٤.
(٥) المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوى القضائية ، (كنوز إشبيليا ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٦هـ) ، ص ٣٣ وما بعدها .

١ـ الدفع بعدم الاختصاص القضائي :

وهو : الدفع الذي يقصد به منع المحكمة من نظر الدعوى المعروضة أمامها ؛ لخروجها عن حدود ولايتـها(١) ؛ طبقاً لما قرره إمام المسلمين من تقليد القضاة واختصاصاتهم ؛ لأن من حقه أن يقلد القاضي، كأن يكون عام النظر خاص العمل ، فيقلده النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة منه، فتنفذ أحكامه في الجانب الذي قلده والمحلة التي عُيِّن فيها؛ فينظر بين ساكنيه وبين الطارئين إليه؛ لأن الطارئ إليه كالساكن فيه، إلا أن يقتصر به النظر بين ساكنيه دون الغريبين والطارئين إليه فلا يتعداهم. فإن خالف القاضي هذا الشرط بطل حكمه (٢) . وهذا ما يسمى الاختصاص المكاني (٣).

واختلف الفقهاء في تحديد المكان المختص بنظر الدعوى عند تعدد القضاة واستقلال كل واحد منهم بمحلة معيَّنة (٤). والراجح أن تقام الدعوى في البلد الذي يسكنه المدعى عليه؛ لوجاهة تعليلهم من أن المدعى عليه دافع للخصومة، والدافع يطلب سلامة نفسه، والأصل براءة ذمته، فأخذه إلى من يأباه؛ لريبة عنده وتهمة وقعت له، ربما قد يوقعه في إثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته بالنظر إليه واعتباره أولى، فهو لا يريد إلا السلامة بدفع الخصومة عن نفسه .أمَّا خصمه يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة ، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها (٥) . هذا فيما يتعلق بدعوى الدَّيْن، أمَّا دعوى العين فالعبرة بمكان العين ؛لأن العقار هو موضوع الدعوى (٦) .

---

(١) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ١٩٠.

(٢) الماوردي ، علي محمد : الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، تحقيق خالد عبد اللطيف السبع العليمي ، (دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م) ، ص ١٤١وما بعدها .

(٣) يقصد بالاختصاص المكاني أو المحلي: " أن يُخصِّص وليُّ الأمر من ولاة القضاء بأن يحكم في دائرة مخصوصة ، وأمكنة معيَّنة ؛ وذلك بقصر ولاية القاضي على قضاء بعض البلد أو أكثره ، فلا يجوز له أن يحكم في غيرها " . انظر :
الغامدي ، ناصر محمد : الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية ، (رسالة ماجستير من كلية الشريعة بجامعة أم القرى مطبوعة ، مكتبة الرشد ، الرياض، السعودية ،الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م) ص ٢٩١وما بعدها.

(٤) يمكن الرجوع في تفصيل أقوال الفقهاء حول هذه المسألة إلى :
المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوى القضائية ، ص ٥٠ : ٥٥.

(٥) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٣٩.

(٦) العبدري ، محمد يوسف : التاج والإكليل ، جـ ٦ ، ص ١٤٦.

وعلى هذا لو حضر المدعى عليه عند القاضي ؛ فدفع بأن مكان إقامته خارج عن ولاية القاضي ؛ كان هذا دفعاً صحيحاً ؛ يلزم القاضي الأخذ به، فهو دفع إجرائي لكون المدعي لم يتبع الإجراء المطلوب منه عند تقديم دعواه [١] .
ويضيق نطاق هذا الدفع في الفقه الإسلامي ؛ لبعده عن التعقيد الشكلي[٢] .
ومن الممكن استنباط أحكام لهذا الدفع من كتب الفقهاء ؛ فمن حيث وقت إبداء الدفع بعدم الاختصاص المكاني؛ يمكن التخريج له بناء على المقصود من التخصيص المكاني، وهو مراعاة حالة المدعى عليه ، فيكون هذا الدفع حقاً له، يجوز التنازل عنه صراحة وضمناً، ومن ثم فإن مكان إبداء هذا الدفع يكون قبل السير في الدعوى، أي في بداية الدعوى ، فإن فرط المدعى عليه في إبدائه في هذا الوقت، فإن سكوته يعد إقراراً منه بالتنازل ؛ فيسقط حقه ولا يقبل هذا الدفع بعد السير في الدعوى [٣] .
ونظراً لكون هذا الدفع حقاً للمدعى عليه، فلا يصح إثارته إلا منه، ولا يملك القاضي حق إثارته؛ لكونه حقاً شخصياً للمدعى عليه[٤] .
ولو قدم المدعى عليه هذا الدفع في وقته، ولم يلتفت إليه القاضي؛ يترتب على ذلك أن حكم القاضي يقع باطلاً، ويجب نقضه لمخالفته للولاية المكانية التي حددها له ولي الأمر [٥] .
وللإمام أيضاً أن يقلد أحد القضاة نوعاً من الأحكام، وإلى الآخر غيره من الأحكام [٦]. وهذا ما يسمى الاختصاص النَّوعي[٧].
ويجد المتأمل في كلام الفقهاء أن التقليد النَّوعي؛ أمر فرضته أحوال الدولة الإسلامية من اتساع رقعتها، وكثرة رعاياها، وتسهيل أعمال القضاة والتيسير عليهم ، وكذا الخصوم والمتنازعين ؛ مما يحقق سرعة البتِّ في

---

(١) المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوى القضائية ، ص ٥٥.
(٢) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٦١٢.
(٣) المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوى القضائية ، ص ٦٢.
(٤) المرجع السابق ، ص ٦٤.
(٥) المرجع السابق ، ص ٦٨.
(٦) الماوردي ، علي محمد : الأحكام السلطانية ، ص ١٤١.
(٧) يقصد بالاختصاص النَّوعي : " تخصيص ولاية القاضي بالنظر في نوع من الخصومات فتقيد ولايته مثلاً بالنظر في القضايا الجزائية دون المدنية أو بنوع معين من القضايا الجزائية دون غيرها كالقتل فقط أو بنوع معين من القضايا مثل : دعاوى العقار أو دعاوى الأسرة " . انظر :
أحمد ، فؤاد عبد المنعم والحسين علي غنيم : الوسيط في التنظيم القضائي مع بيان التطبيق في المملكة ومصر والكويت ، (مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، ١٤١٤هـ) ، ص ١٠٧.

المنازعات ، واستيفاء الحقوق وسرعة إيصالها إلى أهلها، وتحقيق العدل وإراحة الناس ؛ فالداعي لذلك هو المصلحة العامة [١] .

وعليه فالحق في الدفع بعدم الاختصاص النَّوعي هو حق عام لا يخص فرداً بعينه، ولذلك فإن هذا الدفع يصح إبداؤه في أي حال تكون عليها الدعوى؛ لأنه يتعلق بالنظام العام للدولة الإسلامية، وبالتالي فالقاضي يتصدى لهذا الدفع من تلقاء نفسه من دون أن ينتظر إثارته من أحد أطراف الدعوى . ولو غفل القاضي عنه؛ فإنه يحق لأطراف الدعوى من مدعي أو مدعى عليه إثارته في أي حال تكون عليها الدعوى [٢] .

وهناك أمثلة أخرى للدفوع الإجرائية، مثل : الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع فيها، والدفع بطلب إحالة الدعوى وضمها بدعوى أخرى؛ لوجود علاقة بينهما، والدفوع العارضة للخصومة سواء أكانت منهية للخصومة، مثل : الدفع بسقوط الخصومة ، والدفع بتركها، أو كانت مُوقِفَة للخصومة، مثل : الدفع بوقف الخصومة وبانقطاعها .

وهناك أيضاً من الدفوع الإجرائية ما يتعلق بذات القاضي، كالدفع بعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى؛ لوجود قرابة أو مصاهرة بين القاضي وأحد أطراف الدعوى، والدفع بوجود علاقة بين القاضي أو أحد أقربائه بذات الدعوى[٣] .

ثانياً : علاقة الدفع بعدم القبول بالدفوع الإجرائية :

لم يتناول الفقهاء الحديث عن مثل هذه العلاقة؛ فلم يقيموا تفرقة بينها[٤].

وذهب الدكتور/ ناصر بن محمد الغامدي للقول بأن دفع الخصومة :هو من الدفوع الشكلية أي الإجرائية في الغالب، وهي الدفوع التي يوجهها المدعى عليه للطعن في الإجراءات الشكلية التي يطلب من المدعي القيام بها قبيل أو أثناء سير الدعوى؛ لكي ترتب آثارها من غير أن يتعرض فيها المدعى عليه لصدق المدعي أو كذبه في دعواه، كالدفع بعدم الخصومة بين المدعى عليه والمدعي . وأشار إلى أن دفع الخصومة قد يكون في بعض صوره

---

(١) المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوى القضائية ، ص ٧٩.
الغامدي ، ناصر محمد : الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي ، ص ١٨٠.

(٢) العشماوي ،محمد وآخر:قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، جـ ١، ص٣٨٤.
عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٣٥١.

(٣) يمكن لمن يريد الاطلاع بالتفصيل عن هذه الدفوع الإجرائية أن يراجع :
المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوى القضائية ص ٨٧ : ١٨٣.

(٤) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ١٢٦.

من الدفوع المتضمنة عدم قبول الدعوى [1] . وقد اكتفى بذلك من غير أن يشير لمدى العلاقة بينهما .

وأرى أنه إذا كان من الجائز إطلاق دفع الخصومة على الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول، إلا أن ذلك لا يعني أنهما ذو طبيعة مختلطة، حيث إن لكل منهما استقلالية عن الآخر .

الدفع الشكلي وإن كان يتفق مع الدفع بعدم القبول في عدم تعرضهما لأصل الحق المدعى به، إلا أنهما يختلفان من حيث إن الدفع الشكلي يوجه إلى إجراءات المحاكمة أي إجراءات الخصومة . بينما الدفع بعدم القبول يوجه إلى إنكار سلطة الخصم في استعمال الحق في رفع دعواه ؛ لتخلف أحد شروط قبول الدعوى [2] .

فالدفع بعدم القبول في الفقه إذن يمثل طائفة مستقلة عن الدفع الشكلي .

---

(١) الغامدي ، ناصر محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، ص ٣٣وما بعدها .
(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١١ وما بعدها.

المطلب الثاني

علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية (الشكلية) في النظام

أعرض للدفوع الإجرائية ثم أوضح علاقة الدفع بعدم القبول بها على النحو التالي :

أولاً : الدفوع الإجرائية :

الدفع الإجرائي في مفهوم نظام المرافعات الشرعية، هو ما يقدمه المدعى عليه من طلب يطعن به في إجراء من إجراءات الدعوى، يتوصل به إلى بطلان الإجراء، أو وجوب إعادته على الوجه الصحيح (١)، من غير أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه صاحبه (٢) .

فهي إذن الدفوع التي تتعلق بالإجراءات المقررة في النظام، كالدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بطلان موعد أو إعلان قضائي؛ لتخلف إجراء من إجراءاته أو الطعن في شهادة شاهد؛ لأنها سمعت في غير حضور المدعى عليه (٣).

وقد نصت المادة الحادية والسبعون من نظام المرافعات الشرعية السعودي على أن : " الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص المحلي أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها يجب إبداؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى ، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها " .

ونصت المادة الثانية والسبعون من نفس النظام على أن : " الدفع بعدم اختصاص المحكمة النوعي، أو الدفع به بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم سماع الدعوى تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى " .

ونصت المادة الثالثة والسبعون منه على أن : " تحكم المحكمة في هذه الدفوع على استقلال، ما لم تقرر ضمه إلى موضوع الدعوى ، وعندئذ تبين ما حكمت به في كل من الدفع والموضوع ".

---

(١) آل خنين ،عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية ، جـ ١، ص٣٥٥
(٢) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع ، ص ٢٠.
(٣) آل خنين، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية ،جـ ١، ص٣٥٥.

ونصت المادة الرابعة والسبعون على أنه : " يجب على المحكمة إذا حكمت بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة وتُعلم الخصوم بذلك " .

ويمكن ـ من خلال تلك المواد المشار لها ولائحتها التنفيذية، وما لدى شراح النظام ـ استنتاج قواعد للدفع الإجرائي أو الشكلي ، وهي على النحو التالي :

١ـ أورد المنظم في المادة الحادية والسبعين عدداً من الدفوع الشكلية وما يربط بينها،هو وقت إبدائها ، بحيث يجب إبداؤها قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى ، وإلا فإن الجزاء على هذه المخالفة هو سقوط الحق فيما لم يبد منها ، واستثنى المنظم من هذه القاعدة بأن جعل التمسك برد القاضي ــ إذ هو في حقيقته طلب ــ لا يُسْقِط الحق في الدفوع الشكلية ، فنص في المادة الرابعة والتسعين من النظام على أنه: " ... يجب تقديم طلب الرد قبل تقديم أي دفع أو دفاع في القضية وإلا سقط الحق فيه ..." .

والمنظم بهذا النص قد اتسق مع المنطق في مجريات الأمور، إذ كيف يطلب من القاضي البت ابتداءً في دفع إجرائي أولي أمامه على ضوء ما أوجبته المادة الحادية والسبعون من النظام ؛ رغم عدم صلاحيته في الأصل لنظره لقيام موجبات ذلك في النظام .هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن إبداء أي دفع يعطي مدلولاً للرضا بتولي القاضي للقضاء، فلا يجوز من بعده تقديم طلب برده [(١)] .

٢ـ أوردت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي قاعدة ؛ بأنه إذا أبدى الخصم أكثر من دفع مما ورد في المادة الحادية والسبعين، فله التمسك بها في وقت واحد وبيان وجه كل دفع على حده ؛ شريطة إبدائها قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى ، ولكنها لم تنص على الوجوب في إبدائها معاً [(٢)] .

والحقيقة أن اللائحة التنفيذية،هي لائحة مختصة بتفسير مواد النظام، ليس لها أن تضيف شيئاً أو تعدله على مواد النظام ، فهذا يعد في نظر الباحث تجاوزاً منها . والأمر يحتاج إلى إضافة هذه القاعدة في عجز المادة (٧١) ، وأن ينص على وجوب إبداء الدفوع الشكلية معاً في وقت واحد وقبل الخوض في الموضوع ، حتى لا يكون هناك مجال ؛ لإعطاء فرصة التراخي وتطويل الإجراءات ، وتأخير الفصل في الموضوع من جانب المدعي .

---

(١) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع ، ص ٢٤.

(٢) ٧١ /١ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي .

٣ـ ما ذكره المنظم من تعداد للدفوع الشكلية في المادة (٧١) ليس على سبيل الحصر؛ على الرغم من خلو نصها مما يقطع بعدم حصرها، وذلك على اعتبار أن كل دفع يتصل بإجراءات الخصومة،هو في واقع الأمر دفع شكلي، مما يستدعي حسب رأي الباحث إضافة جملة " وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات " ؛ في المادة (٧١) بعد النص : " .. أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها ..." [١].

٤ـ ومما يربط بين الدفوع الشكلية التي وردت في المادة (٧١)، هو عدم تعلقها بالنظام العام، فهي تعتبر بمثابة حقوق شخصية للخصم ومقررة لمصلحته الخاصة لا يثيرها سواه . كما لا يحق للمحكمة إثارة أي منها ابتداء . وما لم يبد منها من جانب الخصم في وقتها المحدد؛ فإن الجزاء هو السقوط [٢].

٥ـ طلب التأجيل من الخصم أو من يمثله؛ لاطلاعه على أوراق القضية، واستعداده لا يسقط حقه في التمسك بالدفع الشكلي[٣] .

٦ـ ميز المنظم الدفع بعدم الاختصاص النَّوعي بميزة مغايرة عن الدفوع الشكلية الواردة في المادة(٧١) ، رغم أنه دفع شكلي، فأورده المنظم في المادة الثانية والسبعين من النظام، وأجاز لصاحب المصلحة فيه أن يتمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ؛ بل أوجب على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها ولا تنتظر إثارته من قبل الخصوم؛ لتعلقه بالنظام العام[٤].

٧ـ الأصل أن تفصل المحكمة في الدفوع الشكلية ودفوع عدم القبول استقلالاً أي قبل الفصل في الموضوع حسب نص المادة (٧٣)؛ لأن هذا الفصل المبكر قد يغنيها عن التعرض للموضوع، مما يوفر الوقت والجهد والنفقات ويحقق ما يعرف بمبدأ الاقتصاد الإجرائي . فلو قبلت المحكمة الدفع بعدم الاختصاص وقضت بعدم اختصاصها، أو قضت بقبول الدفع بعدم القبول؛ فلن تخوض في ذلك الموضوع ، حيث تنقضي الخصومة عندئذ بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع [٥] . ومع ذلك منح المنظم المحكمة فرصة ضم الدفع الشكلي أو الدفع بعدم القبول إلى الموضوع ،

---

(١) مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٥٦٨.
دويدار ، طلعت محمد وآخر : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية ، ص ٣٥٥.
(٢) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٢٠.
دويدار ، طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ١٧٨.
(٣) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع ، ص ٢٤.
(٤) المرجع السابق ، ص ٨١.
(٥) دويدار ، طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ١٨٤ وما بعدها .

ويعود ذلك لتقدير المحكمة . وضم الدفع إلى الموضوع لا يمنع من قبول الدفع أو رده ، على أن تبين المحكمة أسباب ذلك في الحكم عملاً بالمادة (١/٧٣) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي .

٨ـ يجب على المحكمة إذا حكمت بعدم اختصاصها أن تتبع أمرين هما: إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة . والثاني : إعلام الخصوم بذلك ، حسب نص المادة (٧٤) من نفس النظام .

٩ـ يعتبر الحكم الصادر في قبول الدفع الشكلي حكماً فرعياً صادراً قبل الفصل في الموضوع ، بمعنى أنه لا يترتب عليه إنهاء النزاع؛ لأنه لا يمس أصل الحق، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة،مثل : الدفع بعدم الاختصاص أو ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى .

ثانياً : علاقة الدفع بعدم القبول بالدفوع الإجرائية :

الدفع الشكلي هو : دفع يتوجه إلى إجراءات الخصومة؛ يهدف المدعى عليه إلى الطعن في صحتها دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يطالب به خصمه؛ بقصد تفادي الحكم عليه مؤقتاً بمطلوب خصمه [١].

والدفع بعدم القبول وإن كان يتفق مع الدفع الشكلي في أنه لا يتعرض لأصل الحق المدعى به، إلا أنه يختلف عنه في أنه لا يتوجه إلى شكل الإجراءات، وإنما يهدف إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى[٢].

ويعتبر الدفع بعدم القبول نوعاً مستقلاً من الدفوع ، كما أن الدفع الإجرائي أو الشكلي نوعاً آخر مستقلاً من الدفوع .

---

(١) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع ، ص ٢٠.

(٢) انظر المادة (٤) والمادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

المطلب الثالث

علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الإجرائية(الشكلية) في القانون

أعرض للدفوع الإجرائية ثم أوضح علاقة الدفع بعدم القبول بها بحسب الآتي :

أولاً : الدفوع الإجرائية :

يقصد بالدفوع الإجرائية (الشكلية) في قانون المرافعات : تلك الوسائل أو الأدوات الإجرائية التي حددها المقنن المصري ، وجعلها وسيلة المدعى عليه للتمسك بالجزاء المترتب على وقوع مخالفات شكلية أي إجرائية ، والدفع الشكلي أنواعه كثيرة . وهو واحد من الحقوق الإجرائية لكل من تثبت له صفة المدعى عليه في الخصومة(١) .

والدفوع الشكلية وسائل قانونية حددها المقنن المصري وحدد أثارها. ولا تنتج من اتفاق الخصوم كقاعدة عامة، وليس للخصوم إلا الإذعان لها فلا يملكون حرية إزائها إلا من خلال عدم التمسك بها (٢).

والأصل في الدفوع الشكلية أنها لا تتعلق بالنظام العام، والاستثناء تعلقها بالنظام العام ، ومجالها لا يكون إلا في خصومة منعقدة سواء أكان انعقادها صحيحاً أم باطلاً ، حيث إن لكل إجراء داخل الخصومة شكل ومضمون قانوني يتعين أن يتطابق معه . فإن وجد عدم حدوث هذا التطابق يكون العمل الإجرائي معيباً ، ومن ثم فإن الجزاء على هذا العيب هو جزاء قانوني ، والتمسك به يكون عن طريق الدفوع الشكلية (الإجرائية)(٣) .

ويمكن تعريفها بأنها : كل دفع يتعلق بالإجراءات يدفع به الخصم دعوى خصمه ، بقصد تفادي الحكم عليه مؤقتاً بما يدعيه خصمه ، حيث يطعن به في إجراءات الخصومة إمَّا لأنها رفعت لمحكمة غير مختصة ، أو رفعت بإجراء باطل ، أو يتعين وقف إجراءاتها لمدة معينة أو حتى يستوفى إجراء من الإجراءات ، وذلك كله من غير المساس بأصل الحق المدعى به لا بالمنازعة فيه ولا بالتسليم به(٤) .

---

(١) عمر : نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات ، ص ٣٤٦.
(٢) المرجع السابق ، ص ٣٤٦.
(٣) المرجع السابق ، ص ٣٤٦.
(٤) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ٢ ، ص ٨٧٢.

والأصل أن القاضي هو الذي يتولى إعطاء التكييف القانوني للدفوع التي يتمسك بها المدعى عليه ؛ فيحدد على إثر ذلك أي نوع هو الذي يتمسك به المدعى عليه [١] .

وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري أشار للدفوع الشكلية وكيفية معالجتها وفق المواد من (١٠٨) إلى المادة (١١٤) من القانون المصري رقم (١٣) لعام ١٩٦٨م.

ورغم إيراد المقنن المصري للدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات إلا أنها غير محصورة [٢] .

والدفوع الشكلية تخضع لنظام قانوني خاص بها أوضحه الفقه القانوني المصري، بحيث يمكن عرضه وفقاً للآتي :

١ـ يجب إبداء جميع الدفوع الشكلية معاً وقبل إبداء أي طلب أو دفاع أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها باعتبار أن صاحب الحق قد تنازل عنها [٣].

والهدف من التمسك بهذه الدفوع جميعها وإبدائها في وقت واحد؛ التمكن من سرعة الفصل في النزاع ، وعدم إعطاء فرصة التراخي للمدعى عليه في إبداء هذه الدفوع التي لاتمس أصل الحق بعد التكلم في الموضوع ، حتى لا يكون هناك تأخير الفصل في موضوع الدعوى . وهذا يتعلق بالدفوع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام .أمَّا الدفوع المتعلقة بالنظام العام فيجوز إبداؤها في أي حال تكون عليها الدعوى ، كالدفع بعدم اختصاص المحكمة المتعلق بنوع القضية [٤].

وهناك استثناء يرد على الدفوع الشكلية التي تنشأ بعد التكلم في الموضوع ، فهذه لا يوجد مبرر لسقوطها ؛ لأن لحظة التكلم في الموضوع لم تكن هذه الدفوع موجودة ، وإنما نشأ الحق فيها بعد إثارة الموضوع . وفي كل الأحوال يجب التمسك بهذه الدفوع قبل الكلام في الموضوع من جديد . كذلك ما يرد على الاستثناء التمسك بانعدام الإجراء يبدى في أي حال تكون عليها الدعوى ؛ والسبب في ذلك يرجع إلى أن المعدوم لا تلحقه أي حصانة ولا يحميه أي إسقاط لحق من الحقوق الإجرائية [٥].

٢ـ على المحكمة أن تقضي في الدفوع الشكلية قبل البحث في الموضوع ؛

---

(١) عمر : نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات ،ص ٣٤٦.

(٢) أبو الوفا ، أحمد : التعليق على نصوص قانون المرافعات ، ص ٤٦٢.

(٣) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١٧٠ وما بعدها .

(٤) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ٢ ، ص ٨٧٦.

(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات ، ص ٣٤٨وما بعدها .

لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يغنيها عن التعرض للموضوع ؛ إذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة . ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تضُم الدفع إلى الموضوع ، إذا رأت أن الفصل في الدفع يستلزم بحث الموضوع . وفي هذه الحالة تصدر فيها حكماً واحداً ؛ بشرط أن تُبين في حكمها ما قضت به في كل منهما [1].

٣ـ الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق ، فهو يعتبر حكماً فرعياً صادراً قبل الفصل في الموضوع ، بمعنى أنه لا يترتب عليه إنهاء النزاع ، وإنما يترتب عليه المساس بالخصومة كلها باعتبارها مجموعة من الإجراءات ، أو المساس بالإجراء الموجه إليه الدفع . مثل : الحكم بعدم الاختصاص أو ببطلان صحيفة افتتاحها [2].

٤ـ إن استئناف الحكم الصادر في الدفع الشكلي لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا الخصومة في الدفع ، بمعنى أن ولاية المحكمة الاستئنافية تقتصر على مجرد إعادة النظر في الدفع دون أن تقضي في موضوع الدعوى إن هي ألغت حكم المستأنف . بل يتعين عليها إعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في موضوعها ؛ وذلك لأن هذه المحكمة لم تستنفد ولايتها بالنسبة للموضوع ؛ ولأن القاعدة أن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة الدرجة الأولى [3].

٥ـ يجب توافر المصلحة والصفة دائماً في إبداء الدفع الشكلي؛ لأن المقنن المصري حدد سلفاً شكل الإجراءات؛ لتحقيق مصالح معينة قدرأنها ستضار بمجرد الإخلال بالقواعد التي تنظم الإجراءات [4].

ثانياً : علاقة الدفع بعدم القبول بالدفوع الإجرائية :

اختلف موقف الفقه القانوني حول طبيعة الدفع بعدم القبول، وبالتالي حول قواعده وأحكامه . إذ تميل بعض الآراء إلى تقريبه إلى الدفع الموضوعي[5] . وتميل بعض الآراء الأخرى إلى تقريبه إلى الدفع الإجرائي[6]. بينما يُقسمه فريق آخر إلى: دفوع تتصل بالموضوع ، كالدفع بانتفاء المصلحة والصفة ؛ وتأخذ حكم الدفوع الموضوعية ، ودفوع تتصل

---

(١) أبوالوفا ، أحمد : التعليق على نصوص قانون المرافعات ، ص ٤٦٧.
(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات ، ص ٣٥٠.
(٣) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ٢ ، ص ٨٧٧.
(٤) المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٨٧٨.
(٥) الشرقاوي ، عبد المنعم : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٤١٢.
(٦) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٢.

بالإجراءات ، كالدفع بعدم قبول دعوى الحيازة أو الطعن في الحكم بسبب فوات ميعاده [١]. وهناك رأي يميل إلى اعتباره دفعاً مختلطاً [٢].

ويُمكن عرض هذه العلاقة وفقاً للآراء التالية :

١ـ الرأي الأول :

ذهب أصحابه إلى القول بأن : الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحق في الدعوى ، أي إلى مكنة الحصول على حكم في الموضوع . ويعني التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى، سواء أكانت شروطها العامة أو الخاصة ، الإيجابية أو السلبية . ويجوز الدفع بعدم قبول الطعن ، وذلك بالتمسك بعدم توافر شرط من شروط الطعن في الحكم[٣].

ويؤسس أصحاب الاتجاه رأيهم على أن حق الدعوى ، هو مركز قانوني إجرائي ، يعبر عن مدى قابلية الادعاء ؛ لأن يكون محلاً للعمل القضائي . ولذا فالدفع بعدم القبول يعني التمسك بعدم قابلية الادعاء ؛ لأن يكون محلاً للعمل القضائي، فهو بذلك يُثير مسألة إجرائية تتعلق بالموضوع . ويتميز عن الدفوع الإجرائية التي تثير مسألة إجرائية بحتة . كما يختلف عن الدفوع الموضوعية التي تُثير مسألة موضوعية بحتة[٤] .

ويخلص هذا الرأي إلى أن الدفع بعدم القبول،هو دفع إجرائي ولكنه يختلف عن الدفوع الإجرائية البحتة؛ لتعلقه بالموضوع ، فهو ذو طبيعة مختلطة؛ تؤثر هذه الطبيعة المختلطة في نظامه القانوني[٥] .

ومسألة عدم القبول لدى هذا الرأي تثير مسألة إجرائية أولية سابقة على الفصل في الموضوع ؛ بل تنحصر أهميتها في أنها تغني المحكمة عن الفصل في الموضوع ، أي أنها تنحصر في مسألة قبول الطلب أو عدمه . وهذه مسألة إجرائية ؛ ولذا من الطبيعي أن تفصل فيها المحكمة قبل نظر الموضوع . أمَّا إذا رأت أنها في حاجة لضم هذا الدفع للموضوع، فينبغي تنبيه الخصوم لتمكينهم من إبداء أوجه دفاعهم . ومظهر تعلق هذه المسألة الإجرائية بالموضوع يتحقق في جواز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى في أي حال تكون عليها الإجراءات . وقاعدة هذا الجواز ترجع لطبيعة هذا الدفع ، وهو أنه دفع إجرائي يتعلق بالموضوع .

---

(١) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩٢ ، ٤٩٣.
والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص ١٨.
سعد ، إبراهيم نجيب ، القانون القضائي الخاص ، ص ٦٥٢ وما بعدها .

(٢) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٢.

(٣) المرجع السابق ، ص ٤٢١ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ، ص ٤٢٢.

(٥) المرجع السابق ، ص ٤٢٢.

وموضوع هذا الدفع هو نفي حق الدعوى؛ لعدم توافر شرط من شروطه . وبما أن حق الدعوى هو حق الحصول على حكم في الموضوع ، فإن العبرة في وجوده لا تكون بتوافر شروطه عند رفع الدعوى ؛ وإنما وقت الحكم في الموضوع [١] .

وينتهي هذا الرأي إلى أن الحكم في الدفع بعدم القبول ليس عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق ، فلا يرتب حجية الأمر المقضي ؛ وذلك لأن العمل القضائي بالمعنى الدقيق ، وهو ما يعبر عنه باسم القضاء الموضوعي، إنما ينحصر في الحكم الفاصل في موضوع الدعوى . أمَّا الأحكام الإجرائية التي تفصل في الدفوع الإجرائية ، فإنها لا تعد كذلك ولا ترتب حجية الأمر المقضي . مما دعا هذا الفقه لتغليب الطبيعة الإجرائية للدفع بعدم القبول[٢] .

أمَّا فيما يتعلق بأثر الحكم في هذا الدفع في سلطة المحكمة التي أصدرته، فهو يرى أن وصفه حكماً قطعياً فاصلاً ــ بصفة أساسية ـ في مسألة إجرائية ، فإنه يستنفد سلطة المحكمة التي أصدرته في المسألة الإجرائية التي فصل فيها بعدم القبول دون أن يستنفد سلطتها للموضوع؛ لأنها لم تفصل فيه بعد[٣] .

هذا الرأي محل نقد بما يأتي :

١ـ خلط هذا الرأي بين حق الدعوى والحق في رفع الدعوى ، حيث إن هناك اختلاف بينهما من حيث شروط نشأة كل منهما ، كما يختلف الجزاء المترتب على عدم توافر كل من الحقين ، فعدم توافر شرط من شروط الحق في الدعوى يؤدي إلى رفضها . بينما عدم توافر شرط من شروط الحق في رفع الدعوى يؤدي لعدم قبولها ،أي عدم سماعها [٤] .

٢ـ التسليم بوجود مثل هذا الخلط ؛ يقود إلى خلط مسائل أخرى في جوانب أخرى في القانون . فصحيفة الدعوى على سبيل المثال تعتبر عمل إجرائي يتطلب أن يكون محتواه مثل ما هو مطلوب قانوناً ، ومن ذلك لابد أن يحرر موضوع الإدعاء ؛ فهل يمكن أن يقال أن هذه الصحيفة تحتوي على إجراء شكلي يتعلق بالموضوع ، وعند الخطأ في تحرير موضوع الإدعاء هل يمكن أن يُقال إن هذا دفع إجرائي يتعلق بالموضوع . كما أن الدفوع الموضوعية هي : حق إجرائي ذو محتوى موضوعي،ومع ذلك لم يقل أحد

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٣ ، ٤٢٤.

(٢) المرجع السابق ، ص ٤٢٧.

(٣) المرجع السابق ، ص ٤٢٧.

(٤) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩، ٥٠.

أنها دفوع مختلطة .
٣ـ يرى أصحاب هذا الرأي : أن الحكم بعدم القبول ليس عملاً قضائياً ولا يترتب عليه حجية الأمر المقضي . ويحصر مفهوم العمل القضائي في الحكم الفاصل في موضوع الدعوى ، ثم يعود ليقرر أن الأحكام الإجرائية،هي التي تفصل في الدفوع الإجرائية، ولا ترتب حجية الأمر المقضي[١].

حقيقة هذا الرأي اختلط عليه مفهوم العمل القضائي، فإن لم يكن الحكم بعدم القبول عملاً قضائياً فماذا يسمى ؟
كما أن الأحكام الإجرائية من يصدرها ؟ طالما أن العمل القضائي ينحصر في الفصل في موضوع الدعوى [٢] .
وهذا الرأي غير جدير بالتأييد .

الرأي الثاني :

ذهب أصحابه إلى إجراء تقسيم داخل طائفة الدفوع بعدم القبول : قسم أطلق عليه الدفع بعدم القبول الإجرائي أو الدفع بعدم القبول لعيب إجرائي.
والقسم الثاني: الدفع بعدم القبول الموضوعي أو المتصل بالموضوع بسبب تخلف المصلحة في الإجراء، وهو ما يتحقق بالنسبة للدعوى ؛ بسبب عدم توافر شروط الحق في رفع الدعوى [٣] .
وترجع أسباب عدم القبول بصفة عامة حسب مفهوم هذا الرأي إلى أحد سببين :
١ـ وجود عيب في الطلب أو الدفع أو الطعن كعمل إجرائي، سواء أكان العيب متعلقاً بالشكل ، كما هو الحال بالنسبة لصحيفة استئناف مقدمة بعد ميعاد الاستئناف ، أو صحيفة دعوى رفعت قبل اتخاذ إجراء يجب أن يسبق رفع الدعوى . أو كان ذلك بمقتضى موضوعي في العمل ، كعدم صلاحية القائم بالعمل، مثل : رفع الدعوى من قاصر لا يمثله الوصي عليه. ذلك أنه لكي ينظر القاضي في العمل المقدم إليه يجب أن يحترم مقدمه المقتضيات التي فرضها القانون لصحته .
٢ـ عدم توافر المصلحة في الإجراء ، أي إذا كان تحقيق الرغبة المطلوبة ليس من شأنه تقديم الحماية لطالبها ، أو المساعدة في تحقيقها . ففي هذه الحالة من العبث إضاعة الوقت في النظر في إجابة الخصم إلى طلبه [٤] .

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٧.
(٢) عمر : نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١١٦.
(٣) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩٤.
(٤) المرجع السابق ، ص ٤٩٤.

وإذا كان الطلب أمام القضاء يتضمن رفع دعوى إلى المحكمة، فإنه فضلاً عن خضوع الطلب القضائي لتكييف عدم القبول باعتباره عملاً إجرائياً ، فإنه يخضع لتكييف عدم القبول؛ لأسباب تتعلق بعدم توافر الحق في رفع الدعوى [1] .

ويؤخذ على هذا الرأي عدة مآخذ :

١ـ التمييز بين أقسام طوائف الدفع بعدم القبول ليس سهلاً في جميع الحالات، وتوجد صعوبة في إجراء التفرقة بين الدفع بعدم القبول المتعلق بالإجراءات والدفع بعدم القبول المتعلق بالموضوع ، ومن ذلك الدفع بتخلف الصفة . فهناك من رأى أن توافر الصفة شرط ضروري لقبول الطلب القضائي ،أي شرط لممارسة الحق في رفع الدعوى . بينما ذهب رأي آخر إلى أن الصفة هي شرط متعلق بالموضوع ، وحال تخلفها تواجه بدفع بعدم القبول متعلق بالموضوع [2] .

٢ـ هذا الرأي يخلط بين شروط الطلب القضائي، أي شروط الدعوى وبين العيوب التي قد ترد على الطلب ؛ لمخالفة ما نص عليه القانون ؛ وليس هناك منهج علمي متبع من قبل هذا الفقه[3]، فهو في حد ذاته يعتبر مخالفاً لما نص عليه القانون . فالبطلان لا يرد على أي إجراء إلا إذا كان منصوصاً عليه قانوناً عملاً بالمادة (٢٠ مرافعات) ، ثم إن القانون حدد شروطاً لقبول الطلب حال تخلف أحد منها يحكم بعدم قبول الطلب [4]، وبالتالي فإن التفسير الذي اعتمده هذا الرأي يعتبر مخالفاً لما نص عليه القانون، كونه يخلط ما بين شروط الطلب التي نص عليها القانون وبين ما يشوب الإجراء من عيوب لا يحكم ببطلانها، إلا ما نص القانون على بطلانه .

٣ـ هذا الرأي الذي يجري التفرقة بين طوائف الدفع بعدم القبول، ويقسمها: إلى دفوع بعدم القبول تتعلق بالإجراءات، ودفوع بعدم القبول تتعلق بالموضوع ؛ إنما يهدف إلى التغلب على مشكلة علمية عن طريق تسهيل التوصل إلى نتائج علمية . هذه المشكلة هي بدون شك طبيعة الدفع بعدم القبول وصعوبة إبداء الرأي بشأنها . أمَّا النتائج العملية : فهي إعمال قواعد ونظام الدفوع الشكلية على الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات،

---

(١) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩٤.

(٢) عمر : نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٢٦.

(٣) المرجع السابق ، ص ١٣١.

(٤) انظر المادة الأولى من القانون رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦م التي حلت بديلاً عن المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م .

وإعمـال قواعـد ونظـام الـدفوع الموضـوعية علـى الـدفوع بعـدم القبـول المرتبطة بالموضوع ، حيث إن الطوائف القانونية معروفة وطريقة عملها معروفة، والانتقادات الموجهة إليها معروفة؛ لذا من السهل إدخال الأفكار الجديدة داخل الطوائف القديمة، حتى لو مثلت هذه الطوائف إطارات رديئة لهذه الأفكار الجديدة . وهذا هو تحليل ما حدث بالضبط مع الدفع بعدم القبول من جانب أصحاب هذا الرأي (١) .

٤- يصعب على هذا الرأي التمييز بين الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول المتعلقـة بـالإجراءات، كمـا أنـه يعجـز عليـه إجـراء التمييـز بـين الـدفوع الموضوعية والدفوع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع . كونه بهذا الرأي قد طمس أية تفرقة قد توجد بينها؛ لأنه اتخذ أسلوباً شكلياً فيما ذهب إليه، فهو قد نظر إلى الإجراءات، وذهب إلى أن الدفع المتعلق بها دفع بعدم القبول الإجرائي ، يخضع لقواعد الدفع الشكلي . ونفس الحل يسري على الدفوع الموضوعية . وهو بهذا الرأي يؤدي إلى إفراغ طائفة عدم القبول من أي مضمون بحيث لا يكون هناك حاجة لها، وبمعنى آخر إلغاء الدفوع بعدم القبول تماماً (٢) .

وهذا أمر لا يستقيم معه الحال؛ ولذلك استبعده المقنن المصري حينما عد الدفع بعدم القبول دفعاً مستقلاً له طبيعة خاصة (٣) .

صفوة القول في هذا المطلب

الدفع الشكلي يتوجه إلى إجراءات الخصومة .أمَّا الدفع بعدم القبول ليس دفعاً شكلياً محضاً؛ لأنه لا يوجه أساساً إلى إجراءات الخصومة، وإنما يوجه إلى فكرة الحماية القضائية بقصد إنكارها على مدعيها ؛ لعدم توافر الشروط اللازمة لطلبها . وعدم توافر هذه الشروط لا يمنع من العودة مرة ثانية لطلب هذه الحماية إذا ما توافرت شروطها . وهذا هو الفيصل الذي يميز الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعي الذي يتوجه إلى صميم الإدعاء بهدف تحطيمه . ونجاح الدفع الموضوعي يؤدي لعدم إمكانية العودة مرة ثانية أمام القضاء وطرح نفس الإدعاء (٤) .

فالدفع بعدم القبول إذن طائفة مستقلة ذو طبيعة خاصة. وهناك في القانون دفوعٌ موضوعية، وأخرى دفوعٌ شكلية، وثالثها دفوعٌ بعدم القبول(٥).

---

(١) عمر : نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١١٧ ، ١٣١.
(٢) المرجع السابق ، ص ١٣١.
(٣) جميعي ، عبد الباسط : مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، ص ٣٥٤.
(٤) عمر : نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١١٨ وما بعدها .
(٥) المرجع السابق ، ص ١١٨.

المطلب الرابع

المقارنـــــــــــــــــة

يُمكن عرضها على النحو التالي :
١ـ لم يتعرض فقهاء الشريعة في تحديدهم لمفهوم الدفع بنوع من الدفوع، ألا وهو الدفع الشكلي ، ولم يستخدموا هذا الاصطلاح ؛ وذلك لابتعاد النظام القضائي الإسلامي عن التعقيد الشكلي . بينما اهتم النظام والقانون ببيان أنواع من الدفوع الإجرائية ليست على سبيل الحصر . ووضعا تفرقة بين الدفوع المتعلقة بالنظام العام والدفوع الغير متعلقة بالنظام العام من حيث وقت إبدائها ومن له حق إبدائها .
وينبني على ضوء ذلك أن نطاق هذا الدفع يضيق في الفقه عنه في النظام والقانون .
وأرى أن الفقه سبق النظام والقانون في تحديد بعض من الدفوع الإجرائية من غير أن يشير لذات المسمى، حيث إن العبرة بمرمى الدفع لا بمسماه . كما أن للفقه القانوني ميزة إثراء هذا النوع من الدفوع بالبحث ووضع قواعده وأحكامه .
٢ـ لم يتناول فقهاء الشريعة بحث علاقة الدفع بعدم القبول بالدفوع الإجرائية ، إلا أنه يمكن استنتاج تلك العلاقة بأن الدفع بعدم القبول يتعلق بشروط قبول الدعوى عند تخلفها أو تخلف أحد منها . أمَّا الدفع الإجرائي يتوجه إلى إجراءات المحاكمة أو إجراءات الخصومة، وبالتالي لا وجود للخلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذه العلاقة .
أمَّا المنظم السعودي فقد حسم مبكراً طبيعة العلاقة بين الدفع بعدم القبول والدفع الإجرائي، وذلك بالنص عليهما ضمن مواده ، واعتبرها دفعين مستقلين عن بعض ، وبالتالي لم يترك أي مجال للجدال والنقاش حول طبيعة تلك العلاقة .
بينما احتدم الجدل بين فقهاء القانون حول طبيعة تلك العلاقة ، حيث اعتبر بعضهم الدفع بعدم القبول ذا طبيعة مختلطة . وذهب رأي ثانٍ لتقسيمه إلى طائفتين : طائفة يلحقها بالدفوع الإجرائية، وبالتالي تخضع لنظامها؛ والطائفة الأخرى يلحقها بالدفوع الموضوعية، وبالتالي تطبق عليها أحكام الدفوع الموضوعية . فيما ذهب رأي ثالث إلى اعتباره طائفة مستقلة عن بقية الدفوع . وهذا الرأي الأخير يمثل اتجاه الفقه الحديث في مصر .

المبحث الثاني

علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في الفقه والنظام والقانون

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في الفقه

المطلب الثاني : علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في النظام

المطلب الثالث :علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في القانون

المطلب الرابع : المقارنة

المطلب الأول

علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في الفقه

أعرض للدفوع الموضوعية ثم أوضح علاقة الدفع بعدم القبول بها على النحو التالي :

أولاً : الدفوع الموضوعية :

عرف الفقه الإسلامي الدفع الموضوعي؛ ولكن بغير ذات المسمى ، فقد بحثه تحت مسمى دفع الدعوى [١] . ويطلق عليه بعض المحدثين من الفقهاء إبطال الدعوى [٢] .

ولم يهتم المتقدمون من الفقهاء بوضع تعريف له محدد؛ مكتفين بمدلول الدفع اللغوي ، وباعتباره نوعاً من الدعاوي يأتي كوجه من وجوه الجواب على الدعوى [٣].

واهتم فقهاء الحنفية أكثر من غيرهم بالحديث عن دفع الدعوى ؛ بل إن بعضهم أفرد مبحثاً مستقلاً له[٤] .

وتصدى بعض المحدثين من الفقهاء بوضع تعريف للدفع الموضوعي بأنه : " الدفع الذي يقصد به إبطال نفس دعوى المدعي والغرض الذي يرمي إليه بدعواه " [٥] . ومثاله : إذا ادعى شخص على آخر ألف ريال ، فدفع المدعى عليه بأنه قد أوفاه ذلك . فهذا دفع موضوعي ؛ لأن المدعى عليه دفع دعوى المدعي بدفع ؛ متى ثبت أبطل كلام المدعي ومنع من الغرض الذي يرمي إليه، وهو الحصول على مقدار ذلك المبلغ المدعى به. فمتى ما أثبت المدعى عليه أنه أوفاه ، حكم القاضي برفض دعوى المدعي وعدم استحقاقه لما ادعى به [٦] .

هذا الدفع إذن يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبه، ويترتب على قبوله وضع حد نهائي لمطالب المدعي بمنعه من التعرض ثانية للمطلوب، بحيث يُمْنَع المدعي من إقامة نفس الدعوى مرة أخرى [٧] .

---

(١) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ١٢٦.
(٢) قراعة ، علي محمود: كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، ص ٥٥ .
(٣) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٥٨٦.
(٤) ابن نجيم ، زين الدين إبراهيم علي : البحر الرائق ، جـ ٧ ، ص ٢٢٨.
أفندي ، محمد علاء الدين : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٥٩.
(٥) قراعة ، علي محمود: كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، ص ٥٥.
(٦) المرجع السابق ، ص ٥٥.
(٧) القليوبي ، أحمد أحمد سلامة : حاشيته على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج مطبوع =

هذا النوع من الدفوع تختلف صوره باختلاف القضايا . وصوره كثيرة لا يمكن حصرها ؛ لأنه يتعلق بالحق المدعى به، والحقوق كثيرة، فكذلك ما يتعلق بها من الدفوع [1] .

والدفع الموضوعي حق للمدعى عليه في رد دعوى خصمه، ومن ثم فالدفع من غير المدعى عليه لا يصح إلا إذا كان أحد الورثة، ولا ينتصب أحد خصماً عن أحد قصداً بغير وكالة ونيابة وولاية، إلا في مسألتين :

الأولى : أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي .

الثانية : أحد الموقوف عليهم ينتصب خصماً عن الباقي[2].

ودفع الدعوى مختلف في وقت إبدائه بين أهل العلم [3]: فعامة أهل العلم متفقون على جواز تأخير إبدائه إلى ما قبل الحكم ، أمَّا بعد صدور الحكم القضائي في الدعوى فمحلُّ خلافٍ بين الفقهاء على قولين [4] :

القول الأول :

يصح إبداءُ دفع الدعوى الصحيح بعد صدور الحكم القضائي في الدعوى، ويُقبل في قول عامة أهل العلم[5] إلا في مسألتين [6]. واشترط بعضهم شرطين :

= مع حاشية عميره ، جـ ٤ ، ص ٣٣٧.

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية ص ٥٨٨.

(٢) ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، (مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة المكرمة ــ الرياض ، السعودية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م)، جـ ٢ ، ص ٢٢٢.

(٣) لمن يريد تفصيل أقوال أهل العلم في هذه المسألة وأدلتهم والترجيح بينها فليرجع إلى : الغامدي ، ناصر بن محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، ص ٣٨: ٤٨.

(٤) انظر : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، جـ ٢ ، ص ٢٢١؛ حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١، ص ٦٥٩؛ الأصول القضائية ، ص ٥٦؛ مجلة الأحكام الشرعية ، مادة ٢١٤١؛ دفع الخصومة ، ص ٣٨.

(٥) انظر : مجلة الأحكام الشرعية ، مادة ٢١٤١ ؛ حاشيتا قليوبي وعميرة ، جـ ٤ ، ص ٣٠٤ البحر الرائق ، جـ ٧ ، ص ١٣١، حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٥٩؛ دفع الدعوى ، مجلة البحوث الإسلامية ، العدد الثلاثون ، ص ١٦٩؛ دفع الخصومة ، ص ٣٨.

(٦) المسألة الأولى : المسألة المخمسة المذكورة في باب من لا يكون خصماً فيها و سميت بذلك ؛ لأن فيها خمسة أقوال للعلماء، أو لأن صورها خمسة: وديعة وإجارة وإعارة ورهن وغصب . انظر تفصيلاً لذلك :
ابن عابدين ،محمد علاء الدين أفندي :حاشية قرة عيون الأخيار،جـ ١١ ، ص ٦٥٩: ٦٦٥.
والمسألة الثانية : برهن المدعي أنه ابن عم المدعى عليه لأمه وأبيه وبرهن المدعى عليه أنه ابن عمه لأمه فقط ، قبل هذا إن كان قبل القضاء لا بعده . انظر : البحر الرائق ، جـ ٤ ، ص ١٣١ ؛ الأصول القضائية لعلي قراعة ، ص ٥٦.

الشرط الأول : أن يتضمن هذا الدفع إبطال القضاء، كمن ادعى داراً بإرث وبرهن وقضى له، ثم ادعى المقضي عليه الشراء من مورِّث المدعي أو ادعى الخارج الشراء من فلان وبرهن المدعى عليه على شرائه من فلان أو من المدعي قبله .

الشرط الثاني : إذا لم يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه الذي أتى به بعد الحكم وبين الدعوى الأصلية، فإن أمكن التوفيق بينهما لم يقبل منه هذا الدفع بعد الحكم ، كما لو برهن المدعى عليه بعد الحكم أن المدعي أقر قبل الدعوى أنه لاحق له في الدار؛وذلك لإمكان التوفيق بينه وبين الدعوى بأن بأن اشترى الدار بخيار فلم يملكها في ذلك الزمان، ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكها؛ فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك، ولو برهن قبل الحكم على ذلك قبل منه الدفع ، ولا يحكم إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه [١].

وهذا مبني على إمكان التوفيق بين الكلامين كاف في دفع التناقض وأمَّا على القول : بأنه لا بد من التوفيق بالفعل، فلا يشترط الشرط الثاني ويسمع الدفع المذكور ولو بعد الحكم . والأرجح في هذه المسألة: أنه إذا كان التناقض ظاهراً والتوفيق خفياً لا يكفي إمكان التوفيق وإلا يكفي الإمكان ، ثم أيَّده بمسألة، وهي لو أقر أنه له فمكث قدر ما يمكنه الشراء منه ثم برهن على الشراء منه بلا تاريخ قُبل لإمكان التوفيق بأن يشتريه بعد قراره، ولأن البيِّنة على العقد المبهم تفيد الملك الحال[٢].

وليس كل دفع مقبولاً، بل المقبول هو الدفع الصحيح الذي يترتب عليه عدم أحقية المدعي في دعواه . ويشترط فيه كما يشترط في بقية الدعاوى وهو عدم التناقض [٣] . وهو المعتمد في المذهب الحنفي، حيث إن الأصل أن الدعوى متى فصلت بالوجه الشرعي مستوفية لشروطها الشرعية لا تنقض ولا تعاد، وذلك في حالة لم يزد المدعي على ما صدر منه أولاً [٤]؛ لأن نقضها حينئذ يكون بلا مبرر وإعادتها ضربٌ من العبث . وكلٌ من هذين الأمرين لا يجوز أن يصدر من العقلاء، أمَّا لو زاد المدعي على ما صدر منه أولاً بأن أحضر بيِّنته على دعواه بعد عجزه عنها، أو دفع المدعى عليه دعوى المدعي بدفع صحيح قُبِلَ من كلٍ منهما ما أتى به وإن كان بعد الحكم والقضاء، وينقض به الحكم الأصلي متى ثبت الدليل لدى

---

(١) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٣٥.
(٢) المرجع السابق ، جـ ١١ ، ص ٣٦.
(٣) قراعة ، علي محمود : كتاب الأصول القضائية ، ص ٥٨.
(٤) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٣٦.

القاضي. ونقض الحكم بالدفع مشروط بالشرطين السابق ذكرهما (1).

القول الثاني :

لا يصح إبداء دفع الدعوى بعد صدور الحكم القضائي ولا يقبل،وإليه ذهب بعض أهل العلم (2). وعند فقهاء المالكية خلاف في هذه المسألة، فقد ذهب بعضهم إلى جواز الدفع بعد الحكم . بينما لا يجيزه آخرون، ولا يرون قبول أي نوع من البيّنات من المحكوم عليه بعد فصل الدعوى ، حتى ولو كانت خفية خصوصاً إذا كان القاضي الذي أصدر الحكم من أهل العلم والعدل ؛ ولكن للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم الصادر ضده بمستمسكات أخرى لا تتعلق بدفع الدعوى من حيث موضوعها، وذلك كأن يطعن بأن بينه وبين القاضي الذي أصدر الحكم عداوة، فإذا أثبت ذلك وجب فسخ الحكم وإعادة المحاكمة (3) .

والراجح ـ والله أعلم ـ **القول الأول** لقوة أدلته من الكتاب والسنة والأثر ، ووجاهة تعليلاتهم التي تدل دلالة واضحة على أن الحكم القضائي الصادر في الدعوى متى كان مخالفاً للحق ، فإنه باطل مردود(4).

ثانياً :علاقة الدفع بعدم القبول بالدفوع الموضوعية :

لم يبحث المتقدمون من الفقهاء مثل هذه العلاقة، فلم يقيموا تفرقة بين هذه الدفوع (5) .

وقد أشار بعض الباحثين في مجال الفقه والقضاء لمثل هذه العلاقة من خلال ما توصلوا إليه من استنتاج من كتب الفقهاء، حيث تكمن هذه العلاقة وفقـــاً للآتي :

١ـ الدفع الموضوعي : يقصد به المدعى عليه إبطال دعوى المدعي(6). بحيث يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبه في دعواه ، فهو يمس موضوع الدعوى بصفة مباشرة (7). ومثاله : أن يدفع المدعى عليه دعوى المدعي في دعوى العين أنه اشتراها منه وقبضها ، أو وهبها له وقبضها ، أو بأي

---

(١) قراعة ، علي محمود : كتاب الأصول القضائية ، ص ٥٧.

(٢) انظر : ابن فرحون ، إبراهيم بن علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص١٥١.
ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٣٥.
ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى ، ص ٦١١.

(٣) ابن فرحون ، إبراهيم بن علي : تبصرة الحكام ، جـ ١، ٧١.

(٤) الغامدي ، ناصر بن محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، ص ٤٦.

(٥) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ١٢٦.

(٦) القحطاني ، مسفر حسين : دفع الدعوى ، (مجلة البحوث الإسلامية ، الرياض ، السعودية العدد الثلاثون ، ١٤١١هـ) ، ص ١٥٣.

(٧) الغامدي ، ناصر محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، ص ٣٣.

سبب شرعي يثبت انتقالها إلى يده [١]. فإذا قبل هذا الدفع ترتب عليه رفض القاضي لدعوى المدعي . بينما لا يتوجه الدفع بعدم القبول إلى ذات الحق المدعى به ، وإنما يتعلق بشروط قبول الدعوى . ففي حالة تخلف أي شرط منها ينشأ هذا الدفع ، فهو لا يتعرض لصدق المدعي ولا كذبه [٢] .

٢ـ يترتب على صحة وقبول الدفع الموضوعي إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ووضع حد نهائي لمطالب المدعي ، ومنعه من التعرض ثانية للمدعى عليه، مما يكسب الحكم القضائي الحجية ، بحيث لا يجوز تجديد هذا النزاع مرة أخرى لذات الموضوع والسبب[٣]. بينما الدفع بعدم القبول لا يمنع في بعض صوره من إعادة المدعي رفع دعواه مرة أخرى وتعرضه مرة ثانية للمدعى عليه [٤]. مثل : الدفع بعدم القبول لانعدام أهلية المدعي، حيث يتم تصحيح الدعوى بأن يتقدم بها مثلاً وليه ونحو ذلك . وقد يؤدي قبول هذا الدفع في بعض الأحيان إلى منع المدعي من التعرض ثانية للمدعى عليه في نفس موضوع الدعوى دون أن يسقط حقه في المطالبة به . ومثال ذلك : لو قال ذو اليد في دعوى العين: هذا الشيء المدعى به منقولاً كان أو عقاراً أودعنيه أو أعارنيه أو آجرنيه أو رهننيه زيد الغائب، أو غصبته من الغائب وبرهن على ما ذكره دفعت خصومة المدعي للملك المطلق؛ لأن يد هؤلاء ليست يد خصومة [٥]، أي أنه لا صفة لهم في الدعوى، فيحكم القاضي بقبول هذا الدفع . ولو أعاد المدعي نفس الدعوى عند قاضي آخر لا يحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع بل يثبت حكم القاضي الأول[٦].

٣ـ الدفع الموضوعي لا يقبل إلا من المدعى عليه أو من يمثله [٧].

بينما الدفع بعدم القبول فقد يكون من المدعى عليه، وقد يتصدى له القاضي من تلقاء نفسه كما سيأتي بيانه في الفصل القادم . وكتب الفقهاء أوردت مثل هذا التصدي عند تفحص القاضي لشروط قبول الدعوى [٨] .

---

(١) القليوبي ، أحمد أحمد سلامة : حاشيته على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج مطبوع مع حاشية عميره ، جـ ٤ ، ص ٣٣٧.

(٢) القحطاني ، مسفر حسين : دفع الدعوى ، ص ١٥٣.

(٣) الغامدي ، ناصر محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، ص ٣٥.

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٦.

(٥) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي :حاشية قرة عيون الأخيار ،جـ ١١،ص ٦٥٩: ٦٦٤.

(٦) المرجع السابق ، جـ ١١، ص ٦٦٤.

(٧) المرجع السابق ، جـ ١١ ، ص ٦٥٩.

(٨) انظر على سبيل المثال :

ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١، ص ١٠٨: ١١١.

قودر ، شمس الدين أحمد : تكملة شرح فتح القدير ، جـ ٨ ، ص ١٦٥.

٤ـ الدفع الموضوعي يقلب الدعوى على المدعي فيصير مدعى عليه وهذا له أثره في تغيير عبء الإثبات وانتقاله، وتقديم البينات وتحليف اليمين[١]. بينما الدفع بعدم القبول ففي غالب حالاته لا يكون كذلك [٢].

وفي نهاية هذا المبحث : فإن جوهر العلاقة بين الدفع بعدم القبول بالدفع الموضوعي أن كلاهما يعتبر طائفة مستقلة من الدفوع .

---

(١) الغامدي ، ناصر محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، ص ٣٧.
(٢) المرجع السابق ، ص ٣٧.

المطلب الثاني

علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في النظام

أعرض للدفوع الموضوعية ثم أوضح علاقة الدفع بعدم القبول بها على النحو التالي :

أولاً : الدفوع الموضوعية :

لم يرد في نظام المرافعات الشرعية أي نص بخصوص الدفوع الموضوعية؛ ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن هذه الدفوع تتعلق بالمصالح الشخصية البحتة للأفراد وحقوقهم، فهي كثيرة ولا يمكن حصرها، وبالتالي من حقهم إبداء هذه الدفوع في أي حالة تكون عليها الدعوى حتى قفل باب المرافعة في الدعوى [١].

وتبرير ذلك أن قواعد العدالة تقتضي أن يتاح للخصم فرصة دحض مزاعم خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى[٢].

واشترط النظام لهذا الدفع كما اشترط لغيره من الدفوع وجود مصلحة لمقدمه، فإن لم تكن ثمة مصلحة، فلا يقبل هذا الدفع عملاً بالمادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية .

ويُمكن تعريف الدفع الموضوعي بأنه : كل دفع يبديه المدعى عليه ويرمي به إبطال دعوى خصمه ، فهو يتعلق بأصل الحق ، ومن ثم فهذا يشكل مبرراً آخر لعدم وروده في نظام المرافعات كون ما تختص بتنظيمه الأنظمة المتعلقة بالحقوق الشرعية .

وقد اكتفى نظام المرافعات ببيان وتنظيم وسائل إثبات الدفع التي تعتبر في نفس الوقت، هي وسائل لإثبات الدعوى، مثل: الإقرار[٤]، واليمين[٥]، والشهادة[٦] .

وبما أن الدفع الموضوعي حق للمدعى عليه، فهو ليس بواجب عليه له أن يستعمله أو لا يستعمله [٧] .

---

(١) عملاً بالمادة ١/٨٥ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي .

(٢) أحمد ، فؤاد عبد المنعم : أحكام الدفوع ، ص ٩٢،حاشية رقم (٢) .

(٤) انظر المواد : (١٠٤) و(١٠٥) و(١٠٦) من نفس النظام .

(٥) انظر المواد : (١٠٧) و(١٠٨) و(١٠٩) و(١١٠) و(١١١) من نفس النظام .

(٦) انظر من المادة : (١١٧) إلى المادة (١٢٣) من نفس النظام .

(٧) عمر ، نبيل إسماعيل : أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية ، ص ٣٦٧.

والدفع الموضوعي لا يتعلق بالنظام العام، حيث لم تذكره المادة (٧٢) من النظام عند سردها للدفوع المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للقاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه، ولا يقبل هذا الدفع إلا من المدعى عليه أو من يمثله .

ويترتب على قبول الدفع الموضوعي إنهاء النزاع على أصل الحق موضوع الدعوى؛ فيخسر المدعي دعواه خسراناً لا يمكنه معه تجديد النزاع أمام أيَّة محكمة أخرى؛ لاكتسابه قوة الشيء المحكوم فيه[١].

والحكم الصادر في الدفع الموضوعي يكون قابلاً للتمييز باستثناء الأحكام في الدعوى اليسيرة التي يحددها مجلس القضاء الأعلى بقرار يصدر من هيئته العامة بناء على اقترا ح من وزير العدل (م١٧٩نظام المرافعات)[٢] . بل إنه يجوز لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال التالية :

١- إذا كان الحكم مبنياً على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها أو مبنياً على شهادة قضى من الجهة المختصة بعد الحكم بأنها مزورة .

٢- إذا حصل الملتمس بعد الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه تقديمها قبل الحكم .

٣- إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم .

٤- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه .

٥- إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً .

٦- إذا كان الحكم غيابياً .

٧- إذا صدر الحكم على من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى (م١٩٢نظام المرافعات) [٣] .

ثانياً :علاقة الدفع بعدم القبول بالدفوع الموضوعية :

تتضح هذه العلاقة من خلال ما يهدف إليه كل منهما . فالدفع بعدم القبول لا يوجه إلى أصل الحق (موضوع الدعوى) ، ولا إلى إجراءات الخصومة ، وإنما يرمي إلى إنكار سلطة الخصم في ممارسة حقه في استعمال الدعوى ؛ وذلك لتخلف شرط من الشروط العامة أو الخاصة لرفع

---

(١) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع ، ص١٠١.

(٢) لم يصدر من مجلس القضاء الأعلى بيان عن هذه الدعاوى اليسيرة . انظر :
آل خنين:عبد الله محمد: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ٢ ، ص ٢١٩.

(٣) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع ، ص ٩٣ وما بعدها .

الدعوى[١] ،أو تحقق أحد الشروط السلبية ، مثل : سبق الفصل أو وجود ما يمنع من سماع الدعوى أو التنازل عنها ونحو ذلك[٢].
بينما يوجه الدفع الموضوعي إلى ذات الحق المدعى به[٣] .
فالدفع بعدم القبول إذن يمثل طائفة مستقلة عن بقية الدفوع الأخرى وهي الدفع الموضوعي والدفع الشكلي .

---

(١) دويدار ، طلعت محمد وآخر : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية ، ص ٢٢.
(٢) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٤٨.
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء بالمملكة العربية السعودية، ص ٣٦٧.
آل خنين : عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ٢ ، ص ٣٥٣.

المطلب الثالث

علاقة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية في القانون

أعرض للدفوع الموضوعية ثم أوضح علاقة الدفع بعدم القبول بها على النحو التالي :

أولاً : الدفوع الموضوعية :

لم يضع قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري للدفوع الموضوعية تنظيماً موضوعياً لها، ولم يشر إليها؛ كونها تتعلق بأصل الحق، فتنظمها القوانين المتعلقة به، وبالتالي لا يمكن حصرها في تلك القوانين . مثل :القانون المدني والقانون التجاري والقانون الزراعي والبحري والجوي وغير ذلك من القوانين المنظمة للحقوق المتنازع عليها.

والدفوع الموضوعية :هي الوسائل الفنية التي حددها القانون ومنحها للمدعى عليه؛ لدفع الادعاء الموضوعي المقدم ضده من المدعي أو من يمثله، فهي حق شخصي إجرائي ذو محتوى موضوعي؛ ترتبط بأصل الحق وجوداً وعدماً(١) .

ويهدف المدعى عليه من هذا الدفع الموضوعي إلى انكار الادعاء الموضوعي الموجه إليه والى حَثْ المحكمة على عدم الحكم للمدعي بمطلوبه كلياً أو جزئياً . ويرى بعض فقهاء القانون : أن الدفع الموضوعي يقتصر على موقف سلبي يقوم به المدعى عليه، فهو ينكر مجرد حق المدعي الذي يطالب به. بينما يرى البعض الآخر: أن الدفوع الموضوعية تهدف إلى تمسك المدعى عليه بواقعة مانعة أو منهية أو معدلة للحق المتمسك به المدعي أو للآثار المتولدة عنه . وأيَّاً كان الأمر من هذا الخلاف ، فهناك رؤية حول مدى الارتباط الذي يوجد بين الحق الموضوعي والدفع الموضوعي . فالأول :هدفه إعطاء مزايا هذا الحق من سلطات ورخص خالصة للمدعي . أمَّا الدفع الموضوعي فيهدف لمنعه من تمتعه بمثل هذه العناصر(٢) .

والأصل في الدفوع الموضوعية أنها لا تتعلق بالنظام العام . بل تتعلق بالمصالح الخاصة، ولصاحبها أن يتمسك بها أو أن يسقط حقه .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات ، ص ٣٤١.

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٤١وما بعدها.

أمَّا إذا تعلقت بالنظام العام فيجوز لصاحب المصلحة أن يتمسك بها، كما يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها، ولم ينص المقنن المصري على ترتيب معين للتمسك بالدفوع الموضوعية، وبالتالي يجوز إثارتها أمام محكمة أول درجة في أي حال تكون عليها الدعوى، حتى قفل باب المرافعة . أما بعد قفله فلا يمكن التمسك بالحق في الدفع الموضوعي ما لم تكن للقضية استمرارية جديدة أمام محاكم الدرجة الثانية، فيجوز التمسك به أمامها حتى قفل باب المرافعة(١) .

ويترتب على قبول الدفع الموضوعي إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ويعد حكماً في موضوع الدعوى يحوز حجية الشيء المحكوم به، فلا يجوز تجديده لا أمام نفس المحكمة ولا غيرها، واستئنافه يعيد طرح الموضوع على محكمة الاستئناف؛ مما يتعين عليها إن هي ألغت الحكم الابتدائي أن تقضي من جديد في موضوع الدعوى (٢) .

ثانياً :علاقة الدفع بعدم القبول بالدفوع الموضوعية :

علاقة الدفع بعدم قبول الدعوى بالدفوع الموضوعية علاقة أزلية وجدلية لدى فقهاء قانون المرافعات، حيث سبق القول إنه إذا لم تتوافر لدى المدعي صفته أو مصلحته؛ فإن الجزاء هو عدم قبول دعواه، وليس مجرد وقف الدعوى حتى يكتسب الصفة أو المصلحة اللازمة لرفعها ، بمعنى أن المدعي يجب أن يكون ذا مصلحة في الدعوى طوال مدة مباشرتها . وإذا فقد المصلحة في أي مرحلة من مراحل الخصومة فإنه يحكم بعدم قبولها (٣) .

هذا الدفع الذي يدفع به المدعى عليه الدعوى لعدم وجود المصلحة يسمى الدفع بعدم القبول، وبمعنى آخر عدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو المصلحة(٤) .

ذهب بعض فقهاء القانون إلى تقسيم الدفوع في جملتها إلى نوعين هما : الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية . وعرَّف الدفوع الموضوعية بأنها :" الدفوع التي يَرُدُ بها الخصم على أصل الحق المدعى به، وهي لا تدخل تحت حصر، فهي كل وسيلة من وسائل الدفاع يقصد بها المدعى عليه إلى القضاء برفض دعوى خصمه ، وقد أسماها القانون المدافعة في

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات ، ص ٣٤٢.
(٢) أبوالوفا ، احمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١٨.
(٣) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٤٠٨ .
(٤) المرجع السابق ، ص ٤٠٩.

موضوع الدعوى" [1] .

والدفع بعدم القبول حسب وجهة نظر هذا الفقه؛ ليس من الدفوع الشكلية التي حصرها المقنن ووضع لها أحكاماً خاصة بها، فهو لا يتعلق بالإجراءات الشكلية ، إذ هو دفع يتوجه لشرط المصلحة كونه خاص بقبول الدعوى . بينما الدفوع الشكلية توجه لوجود عيب في إجراءات الخصومة وشروطها، لا إلى عيب أو نقص في شروط استعمال الدعوى وقبولها .

ومن ثم يرى هذا الفقه بأن الدفع بعدم قبول الدعوى من الدفوع الموضوعية؛ لأنه يختلط بوسائل الدفاع الموضوعية مع خلاف واحد، هو أنه لا يتناول الحق ذاته بالإنكار، أو بالاحتجاج بأدائه أو انقضائه، ولكنه يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها أو أنه لم يتوفر شرط ذلك الاستعمال بعد [2] .

وتبرير ذلك لدى هذا الفقه أن الحق يوجد ولا يكتمل وجوده إلا بوجود الدعوى ؛ ولكن ليس بوسع صاحب الحق استعمال الدعوى لحماية حقه إلا إذا اعتدي عليه أو أنكر وجوده . وعليه فإن هذا الدفع يمكن إبداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف [3].

هذا هو الرأي الذي استقر عليه الفقه المصري في تلك الفترة، حيث قضت محكمة الاستئناف الأهلية بمصر؛ أن الدفع بعدم قبول الدعوى ليس دفعاً أولياً يجب إبداؤه قبل المرافعة في موضوع الدعوى، وإنما هو دفع موضوعي لا يمكن الفصل فيه دون بحث موضوع القضية . فيجوز التمسك به في أي دور من أدوار المرافعة دون أن يترتب على ذلك سقوط الحق فيه [4] .

وقد أخذت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بما يراه القضاء الفرنسي بأن لمحكمة الاستئناف في حالة إلغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة الذي رفض الدعوى نتيجة قبوله الدفع بعدم القبول لانعدام صفة المدعي أن تقضي في موضوع النزاع ، حيث قضت بعدم قبول دعوى المدعي لانعدام صفته في رفعها؛ بسبب أنه حَوّل الدين الذي يطالب به لشخص آخر، فاستأنف المدعي إلى محكمة الاستئناف، وطلب منها أن تلغي الحكم الابتدائي الصادر بعدم قبول دعواه، وأن تقضي له في الموضوع بالدين

---

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٤١٠.
(٢) المرجع السابق ، ص ٤١٣.
(٣) المرجع السابق ، ص ٤١٣.
(٤) استئناف أهلي ١٩٢٨/٣/٧م (المحاماة س٩ص٨٨٧) نقلاً عن :
الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٤١٣.

الذي طلبه، فرد المستأنف عليهم بأن هذا الدفع هو من الدفوع الابتدائية المحضة التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى . فإذا ما ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر فيه، فهي لا تملك أن تطلب الموضوع لتحكم فيه تصدياً للموضوع، ولكنها قضت بأنه إذا لم يكن لها أن تحكم في الموضوع إلا عن طريق تصديها له بحسب الأحوال المنصوص عليها في القانون، فإنه في غير تلك الأحوال تكون ملزمة بنظر الموضوع والفصل فيه لمجرد ما للاستئناف من أثر نقل النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية، ثم قالت محكمة الاستئناف : إن الدفع بانعدام الصفة ليس دفعاً ابتدائياً مما لا يمس الموضوع ولا يتصل به، بل إن النزاع في هذه القضية يتناول ما إذا كان الدين قد نشأ وثبت في ذمة المدينين، كما يتناول ما إذا كان قد بقي في ذمتهم، وما إذا كان المدعي لا يزال صاحب الصفة في الطالبة به، أم أنه انتقل إليها بالاستئناف النزاع بكل تفاصيله وأجزائه (١) .

وقد علق أحد الشراح على هذه الأحكام بأنها : " قد أصابت فيما ذهبت إليه فإن الدفع بعدم قبول الدعوى وبخاصة لانعدام صفة المدعي في رفعها هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى نفسها. ويترتب الحكم بقبوله أن يخسر المدعي دعواه . بحيث لا يستطيع العودة إليها. فالمحكمة وهي تقضي بقبوله تفصل في موضوع الدعوى . ولا يُغَيِّر وجه المسألة أن المحكمة إذا قبلت ما أثير أمامها من الدفوع الموضوعية لاستغنائها عن البحث فيها . كما لا يُغَيِّر من ذلك أن المدعى عليه قصر دفاعه في موضوع الدعوى على الدفع بعدم قبولها مكتفياً به عن إبداء غيره من الدفوع . ففي جميع هذه الصور تستنفد محكمة أول درجة بالحكم كل سلطتها في نظر الدعوى وتخرج القضية برمتها من ولايتها فتدخل بالاستئناف في ولاية محكمة الدرجة الثانية . حتى إذا رأت هذه المحكمة الحكم برفض الدفع الذي قبلته المحكمة الابتدائية تعين عليها أن تتدرج إلى النظر في كل ما يتعلق بموضوع الدعوى لتفصل في طلبات المدعي . فإذا وجد المدعى عليه أن محكمة الاستئناف قد ألغت الحكم الابتدائي الصادر بقبول دفعه وقضت عليه بطلبات المدعي لثبوتها وعدم وجود ما تدفع به . فلا يلومن إلا نفسه على إصراره أمام محكمة الدرجة الثانية على الاكتفاء بدفع واحد والاستغناء به عن إبداء دفوعه الأخرى أو على إصراره على أن يكون الكلام في موضوع طلبات خصمه أمام المحكمة الابتدائية بعد الفصل في الدفع من محكمة الاستئناف " (٢).

---

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص٤١٤ وما بعدها .
(٢) فهمي : محمد حامد : تعليق على حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر =

وخرج هذا الرأي من ذلك باستنتاج أن الدفع بعدم القبول ليس دفعاً شكلياً، بل هو دفع موضوعي لا يتقيد مبديه بترتيب معين لحظة إبدائه. بل يستطيع أن يتكلم فيه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، كما أن إبدائه يسقط الحق في الدفوع الشكلية، واستئناف الحكم الصادر في الدفع هو في حقيقته استئناف للموضوع ذاته . فتعرض محكمة الدرجة الثانية لبحث الموضوع لا يكون من قبيل التصدي له، كما أن الاكتفاء بإبداء الدفع بعدم القبول لا يمنع المحكمة ـ إذا هي رفضته ـ من الفصل في الموضوع من غير حاجة لضم هذا الدفع للموضوع وتكليف الخصوم بالمرافعة في الموضوع (١).

وقد ذهب هذا الرأي لأكثر من ذلك حيث ذكر أن هناك من حالات الدفع بعدم القبول ما تتعلق بأصل الحق ذاته . فمن ذلك الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة القانونية كما لو رفع المدعي دعواه معتمداً على مصلحة اقتصادية لا يحميها القانون فدفع في مواجهته بعدم قبول دعواه لعدم قصده حماية حق بل مجرد مصلحة لا يحميها القانون أو لأداء واجب لا يرقى لمرتبة الالتزام القانوني . فالدفع في هذه الحالة يتعلق بأصل الحق ذاته ، وذلك ليس إلا نتيجة منطقية كون الحق لا يوجد إلا بوجود الدعوى ، فإنكار وجود دعوى للمدعي مؤداه لا حق له. فالدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة القانونية، هو في حقيقته دفع بعدم وجود حق للمدعي(٢) .

ومن ذلك أيضاً الدفع بعدم وجود مصلحة حالة يعتبر دفعاً موضوعياً ، مثل: دفع دعوى المسئولية بعدم وجود ضرر، وهو من ناحية أخرى دفع بعدم قبول الدعوى لعدم تحقق المصلحة القانونية . كما يرى هذا الفقه كذلك حالة الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم وجود مصلحة شخصية للمدعي قد يكون مؤداه انعدام الشخصية المعنوية للمدعي ـ إذا كان المدعي جماعة أو نقابة أو هيئة ـ أو أنه ليس صاحب الحق الذي يستطيع حمايته برد الاعتداء عنه ، والدفع بهذه الصورة دفع موضوعي لتعلقه بأصل الحق ذاته (٣) .

في كل هذه الصور وفي جملة واحدة، يجد هذا الفقه أن الدفع بعدم قبول الدعوى لا يتعلق بحق رفع الدعوى فقط، وإنما يتعلق أيضاً بأصل الحق ذاته ، وبالتالي فإن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي بحت ،

= في ١٩٣٠/٢/٢١م ، (مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ،١٩٣١م، السنة الأولى ، العدد الأول) ، ص٨٧٠، ٨٧١ . نقلاً عن : الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص٤١٦.

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : مرجع سابق ، ص ٤١٦ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤١٧.

(٣) المرجع السابق ، ص ٤١٧.

وليس كما يرى بعض الشراح أنه يتوسط ما بين الدفوع الموضوعية والشكلية[١].

ويرى فقه آخر قريب من المعنى السابق أن الدفع الذي ينصب على انتفاء المصلحة أو عدم توافر المصلحة الحالة، إنما هو في واقع الأمر دفع موضوعي[٢].

والدفع بعدم القبول وفقاً لهذا الرأي يكون منحصراً فقط في الأحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه، أو ينكر صفته في رفع الدعوى عليه. ومثل لذلك بحالة رفع الدعوى على ولي أو وصي بعد أن زالت صفته بزوال الولاية أو الوصاية، أو كما إذا رفعت من حارس زالت صفته بعزله من الحراسة، أو في الحالات التي ينكر فيها الخصم على خصمه وجود دعوى لديه لسبق الفصل في موضوعها، أو لسبق الصلح أو سبق الاتفاق على التحكيم بصددها، أو لرفعها في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك ، كرفعها قبل أو بعد هذا الميعاد أو تلك المناسبة، أو لعدم رفعها على كل من يوجب القانون اختصامهم، أو لعدم رفعها من جانب كل من يوجب القانون اشتراكهم في رفعها أو لرفعها دون اتخاذ الإجراء التمهيدي الذي يسبقها ويوجبه القانون . ففي كل هذه الحالات يكون الدفع بعدم القبول[٣] .

ويرى هذا الفقه : أن الدفع بانتفاء الصفة هو دفعٌ بعدم القبول، وليس كما يراه الرأي السابق من أنه دفع موضوعي؛لأنه لا يمس موضوع الدعوى لا من قريب ولا من بعيد . وإذا كانت المحكمة وهي بسبيل إصدار حكمها في الدفع تتعرض لفحص الموضوع في بعض الحالات، فإن ذلك لا يلغي اعتباره دفعاً بعدم القبول [٤].

ويستدل على ذلك من أن الحكم في الدفع بعدم الاختصاص؛ يقتضي في كثير من الأحيان فحص موضوع الدعوى . ورغم ذلك لم يقل أحد باعتباره من الدفوع الموضوعية [٥] .

وهذا الرأي وإن كان كسابقه في قناعته بمنطلق معين، وهو أن الدعوى القضائية هي عنصر من عناصر الحق الذي تحميه[٦]. ورغم ذلك إلا أنه يختلف عنه، بحيث يعتبر الرأي الأول أن الدفع بعدم القبول دفعاً

---

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ص ٤١٧.

(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٨٦٣ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٨٦٣ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ، ص ٨٦٣.

(٥) المرجع السابق ، ص ٨٦٣.

(٦) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٣٥ =

موضوعياً ؛ لتعلقه بأصل الحق، ومن ثم يأخذ نظامه القانوني[١]. بينما هذا الرأي يعتبر الدفع بعدم القبول نوعاً وسطاً بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، وذلك بحصر حالاته في الأحوال التي يكون فيها إنكار الحق ظاهراً بحيث لا يحتاج الأمر عادة إلى الخوض في الموضوع . ويميزه عن الدفوع الموضوعية في أنه لا يوجه إلى ذات المنفعة، وإنما إلى الحماية المقررة لها بقصد إنكارها [٢].

وقد وجه بعضهم نقداً لهذا الرأي بأن لديه كثيراً من التناقض وعدم الوضوح[٣]، على اعتبار أنه سبق أن قرر أن القواعد المتصلة بقبول الدعوى أوعدم قبولها تعد من صميم القواعد الموضوعية[٤]، وأن الدفع بعدم القبول ما هو إلا دفع موضوعي، ثم عاد ومَيّزَه عن الدفوع الموضوعية بأنه لا يوجه لذات المنفعة وإنما للحماية المقررة لها[٥].

ويرى بعض الشراح أن الدفع الموضوعي : " هو الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بغرض الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً . وهكذا فإنه ينازع في نشوء الحق أو بقائه أو مقداره ، ويرمى بهذا إلى رفض طلبات المدعي كلها أو بعضها " [٦] .

ويرون أيضاً أنه من الضروري التمييز بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي، حيث إن مجرد إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار أثرها القانوني يعد دفاعاً موضوعياً . أمَّا الدفع الموضوعي يقتضي تمسك المدعى عليه بواقعة مانعة أو منهية للحق بغرض رفض الدعوى . فالدفاع الموضوعي لا يثير وقائع جديدة ، وإنما يقتصر على إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار أثرها . وبناء لذلك لا يقع على عاتق الخصم الذي قدمه عبء إثبات إنكاره للوقائع، وإنما يجب على المدعي إثبات الوقائع التي يدعيها. أمَّا الدفع الموضوعي فإنه يتضمن التمسك بواقعة جديدة ويقع عبء إثباتها على مقدم الدفع ولو كان هو المدعى عليه [٧] .

ولمزيد من إيضاح الفرق بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي لما له

= أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٨٤٤.

(١) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٤١٧.

(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٤٦.

(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٩٨، ٩٩.

(٤) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٤٥.

(٥) المرجع السابق ، ص ٨٤٦.

(٦) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤١٤.

(٧) المرجع السابق ، ص ٤١٥.

من أهمية في تقدير الاتجاه الأول السابق معالجته بصدد طبيعة الدفع بعدم القبول[١]، حيث من المقرر أنه لمجرد واقعة رفع الدعوى على شخص، تنشأ له مصلحة في عدم الحكم للمدعي بطلبه، وهو ما يعبر عنها بالحق في الدفاع يقابله حق المدعي في اللجوء للقضاء [٢] .

وطريقة المدعى عليه في سبيل الحصول على حكم برفض الدعوى لا تخلو من الصور الآتية :

١ـ إنكار الوقائع المنشئة التي تمسك بها المدعي كأساس لطلبه أو إنكار الآثار القانونية لهذه الوقائع ، مثل: إنكار العقد مصدر الالتزام أو إنكار بعض آثاره .

٢ـ قد يتمسك المدعى عليه بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة المتمسك بها المدعي من شأنها منع هذه الواقعة الأخيرة من إنتاج كل أو بعض آثارها القانونية، مثل: أن يتمسك المدعى عليه بصورية العقد أو بإبطاله للغلط .

٣ـ التمسك بواقعة منهية من شأنها محو آثار الواقعة المنشئة المتمسك بها المدعي، كما لو تمسك المدعى عليه بالوفاء [٣] .

ويطلق فقه المرافعات المصري على هذه الصور الثلاث اسم : الدفوع الموضوعية . فالدفع الموضوعي بمفهومه، هو كل ما يتعرض به المدعى عليه على الحق المطلوب حمايته من المدعي [٤]. ومجرد إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار آثارها لا يمكن أن يعد دفعاً بالمعنى الصحيح[٥]؛ ذلك أن القاضي لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع المنشئة إلا بعد إثباتها من المدعي . بالإضافة لأنه يجري عليها آثارها القانونية من تلقاء نفسه . أمَّا قيام المدعى عليه بإنكار الوقائع أو إنكار آثارها لا يعدو أن يكون تنبيهاً للقاضي لواجبه بالنسبة لها [٦] .

ولهذا فإن اصطلاح الدفع الموضوعي يجب قصره على ما يقوم به المدعى عليه من تأكيد لواقعة مانعة أو منهية تهدف لرفض الدعوى ، وبالتالي يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه لإدخاله في القضية وقائع خلاف التي أكدتها الطلبات [٧] .

على أن لاصطلاح الدفع الموضوعي معنى آخر ضيق ، ذلك أن الوقائع

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٠٣.
(٢) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٨٢.
(٣) المرجع السابق ، ص ٤٨٣.
(٤) المرجع السابق ، ص ٤٨٣.
(٥) جميعي ، عبد الباسط : مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، ص ٣٤٩.
(٦) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٨٣.
(٧) المرجع السابق ، ص ٤٨٣.

المانعة أو المنهية التي يتمسك بها المدعى عليه ، تنقسم إلى قسمين :
١ـ وقائع على القاضي أخذها في حسبانه من تلقاء نفسه ما دامت قدمت إليه ضمن أوراق القضية، سواء قدمت من المدعي أو من المدعى عليه ولو لم يتمسك بها المدعى عليه . مثل : واقعة عدم مشروعية السبب أو واقعة الوفاء بالدين . فحينئذ يكون التمسك بها من جانب المدعى عليه ، هو مجرد تقديم واقعة للقاضي لم تقدم له ، أو مجرد لفت نظره لواجبه في الخصومة ، ولا تكون هناك حاجة من الناحية القانونية لفكرة الدفع .
٢ـ وقائع لا أثر لها في حكم القاضي إلا عند التمسك بها من قبل المدعى عليه بقصد رفض الدعوى . ومثالها : واقعة الغلط أو التدليس أو نقص الأهلية . فإذا تمسك بها حكم القاضي برفض الدعوى ، وهذا الحكم ناتج لاستعمال حق محدد للمدعى عليه . وهذا هو الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق ، حيث يتميز بتعلقه بواقعة ليس للقاضي إعماله بغير طلب من المدعى عليه . وعلى ذلك يمكن تعريف الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق بأنه : سلطة أو حق محدد للمدعى عليه في تأكيد واقعة مانعة أو منهية للواقعة المنشئة التي أكدها المدعي ليس من شأنها رفض الدعوى إلا عندما يتمسك بها المدعى عليه[١].

وبناءاً على ما ذكر فالدفع الموضوعي يتميز بأنَّه يتعلق بواقعة ليس للقاضي إعمال آثارها من تلقاء نفسه، فهو يقابل حق الدعوى ، فلا يستطيع القاضي إعمالها بغير طلب المدعي . ومن ثم فليست هناك حاجة من الناحية القانونية لفكرة الدفع الموضوعي، كما في الحالات التي على القاضي أخذها في حسبانه واعتباره من تلقاء نفسه ما دام قد قدمت إليه، ولو لم يتمسك بها المدعى عليه [٢].

ويؤخذ على الرأي السابق الذي يرى أن الدفع بعدم القبول ما هو إلا دفع موضوعي وبالتالي يأخذ نظامه القانوني[٣] مآخذ منها :
١ـ تشبيهه للدفع بعدم القبول بالدفوع الموضوعية؛ لأنه يختلط بوسائل الدفاع من جهة، ولأنه يتوجه في الواقع وبطريق آخر لأصل الحق من جهة أخرى[٤]. ولعله في مسلكه هذا لم يلاحظ التفرقة السابق بيانها بين الدفع الموضوعي والدفاع الموضوعي . فالدفاع الموضوعي مسلك سلبي يقتصر على مجرد إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار آثارها ، بعكس الدفع

---
(١) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٨٤.
(٢) المرجع السابق ، ص ٤٨٤.
(٣) الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٤١٧.
(٤) المرجع السابق ، ص ٤١٢ ، ٤١٧.

الموضوعي الذي يتوجه مباشرة لأصل الحق بغرض الحكم برفض الدعوى ، بسبب المنازعة المباشرة في نشوء الحق أو في بقائه ونحو ذلك. ولعل الخلط الموجود في الفقه بين وسائل الدفاع الموضوعي والدفوع الموضوعية ، هو الذي جعل هذا الفقه يعتنق وجهة النظر هذه [١] .

٢ـ هذا الرأي حينما ارتأى أن الدفع بعدم القبول هو دفع موضوعي ؛ ينطلق وفق مفهوم معين ملتزم به، وهو أن الدعوى هي عنصر من عناصر الحق، وبالتالي فإن الدفع يتوجه إلى شروط الحق وشروط قبول الدعوى التي تعد قواعدها من صميم القواعد الموضوعية[٢]. والدعوى ليست بذات الحق وليست عنصراً من عناصره، فهي خلاف الحق ومستقلة تماماً عنه واتصال الدعوى بالحق من باب ارتباط النتيجة بالسبب وليست داخلة في تكوينه، فهي إجراء لاحق على نشوء الاعتداء على الحق وبالتالي خارجة عنه [٣]. وهذا هو اتجاه الفقه الحديث الذي يرى استقلال الدعوى عن الحق[٤]. وينبني على ذلك اختلاف شروط قبول الدعوى عن شروط نشأة الحق الموضوعي .

٣ـ هذا الرأي يعجز عن تفسير بعض أحكام الدفع بعدم القبول التي لا تنطبق عليها أحكام الدفوع الموضوعية، كوجوب إبداء الدفع قبل الدخول في أساس الدعوى، أو أن قبول الدفع لا يترتب عليه سوى إنهاء الخصومة بشكل مؤقت [٥] .

٤ـ تعرض القاضي في الفصل في كثير من دفوع عدم القبول إلى أساس الحق موضوع الدعوى المطروحة عليه . ومثال ذلك: فحصه لتوافر شرط المصلحة وأوصافها، ولعل بحث القاضي لهذا الشرط هو ما دعا هذا الفقه لتبني وجهة النظر القائلة:بأن الدفع بعدم القبول ماهو إلا دفع موضوعي[٦].

والحقيقة أن القاضي حينما يبحث هذا الشرط وأوصافه باعتبار أن شرط المصلحة هو الشرط الوحيد لقبول أي طلب أو دفع أو طعن، إنما يحل مسألة قانونية بحتة، وهي البحث عن وجود قاعدة قانونية تمنح الحماية للحق المدعى به، أي يتأكد من أن الادعاء بحق يستحق حماية القانون أو أن المصلحة التي يطالب بحمايتها هي من المصالح التي يحميها

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٠٥.
(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٤٤.
الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص ٣٥.
(٣) جميعي ، عبد الباسط : مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، ص١٨٩ وما بعدها.
(٤) والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، جـ ١ ، ص ١٠٣.
(٥) القدومي ، عبد الكريم فوزي : الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني ، ص ٣٤.
(٦) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١١٣.

القانون، ويتحقق ذلك بتطبيق القواعد العامة للقانون دون أن يفصل في وقائع الدعوى، إذ أن القاضي يفترض عند بحثه هذا الشرط صحة الوقائع المدَّعاة . وبناء على ذلك فإذا وجد القاضي أن قواعد القانون تحمي نوع المصلحة المطلوبة فإن الدعوى تكون قانونية، وإلا فإنه يحكم بعدم قبولها دون بحث الوقائع ذاتها والتحقق منها (١) .

والقاضي عندما يتحقق من توافر الشروط اللازمة لقبول الطلب القضائي، أي تحققه من شرط المصلحة وأوصافها، فهو لا يكون قد تعرض لموضوع هذا الطلب لا من قريب ولا من بعيد . وإن فحص بعض المسائل المتعلقة بموضوع الطلب حتى يستطيع الفصل في مسألة قبول الطلب أو عدم قبوله، فإنه يكون شأنه في ذلك شأن القاضي الذي يتحسس الموضوع لكي يفصل في مسألة اختصاصه، أي شأن قاضي الأمور المستعجلة الذي يبحث هو أيضاً تحديد اختصاصه من خلال فحص بعض أوجه موضوع النزاع . والدفع بعدم القبول يوجه إلى الطلب القضائي بقصد عدم قبوله، فهو يهدف بالتالي إلى منع المحكمة من النظر في موضوع الادعاء الذي يكون مضمون الطلب القضائي، وبعبارة أخرى فهو يوجه إلى شرط المصلحة أو إلى أي وصف من أوصافها التي تعتبر الشرط الوحيد لقبول الطلب القضائي . وهذا الدفع في حالة نجاحه يرتب أثراً هاماً وهو حجب المحكمة عن نظر موضوع الطلب القضائي الذي يتحد بشكل أو بآخر بموضوع الدعوى القضائية بما يؤدي إلى حجب المحكمة عن نظر موضوعها (٢) .

ولهذا ذهب بعض فقهاء القانون إلى القول : إن الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة(٣). والبعض الآخر قسمه إلى قسمين هما : الدفع بعدم القبول الموضوعي، والدفع بعدم القبول الإجرائي(٤). وسبق مناقشة ذلك فلا حاجة لتكراره (٥) .

وذهب رأي فقهي إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى، هو نوع ثالث يقع في مرحلة وسطى ما بين الدفوع الإجرائية (الشكلية) والدفوع الموضوعية، فهو أدنى درجة من الدفوع الموضوعية وأعلى درجة من الدفوع الشكلية. وضرب لذلك مثالاً من أجل تصور تكييف هذا النوع من

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص١١٣ وما بعدها .
(٢) المرجع السابق ، ص ١٠٧ ، ١١٤.
(٣) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٢.
(٤) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩٢ وما بعدها .
(٥) يراجع المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الثاني، ص ١٢٤: ١٢٨.

الدفوع في الذهن. فأشار إلى أن هناك ثلاث مراحل يجب أن يمر بها الذهن حتى يتصور وجود الدعوى . فالمرحلة الأولى : هي مرحلة الحق الذي ترفع به الدعوى وليكن مثلاً ألف ريال، والمرحلة الثانية : هي مرحلة الحق في رفع الدعوى، فقد يكون حق الدائن ثابتاً في المبلغ ولكن لا يكون له الحق في رفع الدعوى به؛ بأن كان قاصراً، فتكون دعواه المرفوعة منه غير مقبولة رغم ثبوت حقه في الدين . بينما تكون مقبولة لو رفعها الوصي أو الولي. أمَّا المرحلة الثالثة: فهي مرحلة الإجراءات التي تتبع عند رفع الدعوى، أي تقديمها إلى القضاء بإيداعها في قلم الكتاب وإعلانها للخصوم بشكل صحيح ..الخ . فإذا تعلق الدفع بالمرحلة الأولى: كان دفعاً موضوعياً ، وإذا تعلق بالثانية :أي الوسطى كان دفعاً بعدم القبول، وإذا تعلق بالمرحلة الثالثة: أي الأخيرة كان دفعاً شكلياً (١) . ولا شك أن هذا مثال تصويري فقط ؛ فلا يتصور أن الدفع الموضوعي لا يكون إلا في البداية حيث إنه يجوز التمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ، وكذا الدفع بعدم القبول يجوز التمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى .

وقد أخذ المقنن المصري باعتبار الدفع بعدم القبول نوعاً مستقلاً من الدفوع (٢) .

صفوة القول في هذا الشأن

الدفع بعدم القبول ليس دفعاً موضوعياً، ولا مختلطاً تجتمع فيه خصائص الدفع الشكلي والدفع الموضوعي، وإنما هو دفع مستقل موجه إلى الحماية القضائية المطلوبة بهدف إنكارها، أي يهدف إلى إنكار ثبوت الحق في هذه الحماية لصاحبها . وبحث هذا الدفع والحكم فيه قد يقتضي التعرض للموضوع ؛ ولكن التعرض هنا ليس لنظر الموضوع من أجل الفصل فيه ، وإنما هو تعرض سطحي يتحسس به القاضي تأسيس هذا الدفع من عدمه حتى يمكنه الفصل فيه . وهذا التعرض للموضوع بالقدر الضروري للفصل في الدفع لا يقلبه إلى دفع موضوعي . كما أن الحكم الصادر في هذا الدفع بناء على هذا التعرض لا يعتبر حكماً صادراً في الموضوع ، ولا تستنفد المحكمة سلطتها بناء على ذلك بالنسبة للموضوع، وشأن ذلك شأنها حينما تحدد اختصاصها، فتنظر في مسألة خاصة

---

(١) جميعي، عبد الباسط : مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، ص ٣٥٣ وما بعدها.
(٢) المرجع السابق ، ص ٣٥٤.

بالموضـوع، أو كمـا هـو الحـال لقاضـي الأمـور المـستعجلة حـين يتحـسس الموضوع لتحديد اختصاصه . فكل ذلك لا يؤثر في الحكم الصادر في هذا الدفع . والموضوع الأساسي بوقائعه ومستنداته يظل دون مساس [١] .

ويتميـز الـدفع بعـدم القبـول عـن الـدفع الموضـوعي بأنــه لا يتعلـق بموضوع الدعوى ؛ فالدعوى التي يحكم فيها بعدم قبولها يجوز رفعها من جديد إذا ما استكملت شروط قبولها ــ ولا يقال حينئذ إن هذه الدعوى قد سبق الفصل فيها ــ وهذا ما يميز الحكم بعدم القبول عن الحكم برفض الدعوى . فالرفض يتناول الموضوع ويمنع من إعادة رفع الدعوى بنفس الحق .أمَّا عدم القبول فلا يتناول إلا الحق في رفع الدعوى ولا يمس الحق الموضوعي المرفوعة به الدعوى، ولذلك يجوز تجديد رفع الدعوى التـي حكم بعدم قبولها، وقد يقضى بعد تجديدها بالحق المطلوب[٢].

ويرى أحد الشراح : أنـه عند تشابه الحُكْمَيْن أي الحكم الصادر بعدم القبول والحكم الصادر في موضوع الدعوى، وذلك في بعض الحـالات بحيث لا يمكن قبول ذات الدعوى من جديد؛ فإن ذلك لا يرجع في الحكم الصادر بعدم القبول إلى حجية الأمر المقضي، وإنما يرجع إلى ظروف الدعوى ذاتها واستحالة مقتضياتها مستقبلاً، كأن تكون سبق الفصل فيها أو انقضت بالتقادم . فمرجع ذلك ليس حجية الحكم بعدم القبول وإنما مرجعه بـسبب هـذا الحكـم، أي بنـاء علـى حجيـة الحكـم الـسابق الـذي فـصل فـي موضوع الدعوى [٣] .

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١١٧ وما بعدها .
(٢) جميعي ، عبد الباسط : مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، ص ٣٥٥.
(٣) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٥.

المطلب الرابع

المقارنـــــــــــــة

أعرض للمقارنة بحسب الآتي :

١ـ لم يستخدم الفقه الإسلامي مصطلح الدفوع الموضوعية، وإنما بحث الفقهاء هذا النوع من الدفوع تحت مسمى دفع الدعوى .

ولم يشر النظام لهذا النوع من الدفوع ، وكذا القانون لتعلق هذه الدفوع بالأنظمة والقوانين المتصلة بالحقوق الموضوعية، وهي كثيرة لا يمـــكن حصرها .

وأرى أن الفقه الإسلامي يتميز عن النظام والقانون بأسبقية بحثه لهذا النوع من الدفوع . بينما يتميز الفقه القانوني بإثراء هذا النوع من الدفوع بالبحث وتنظيم قواعده وأحكامه .

٢ـ لم يبحث الفقهاء علاقة الدفع بعدم القبول بالدفوع الموضوعية؛ ولكن يمكن استنتاج الفروق بينهما من كتبهم .

كما أن النظام والقانون ليس من شأنهما إيضاح تلك الفروق، حيث إن مرد ذلك للباحثين وفقهاء القانون .

وأرى تميز الفقه القانوني ببحثه لهذه العلاقة وحصول جدل بين فقهائه حول طبيعة تلك العلاقة؛ وتوصل الفقه القانوني الحديث إلى استقلالية الدفع بعدم القبول عن الدفوع الموضوعية، بحيث إن كلاً منهما يمثل طائفة مستقلة عن غيره من الدفوع الأخرى .

٣ـ يتفق الفقه والنظام والقانون في أن الدفع بعدم القبول مستقل عن الدفع الموضوعي ؛ وكلٌ منهما يعتبر نوعاً من الدفوع .

المبحث الثالث

الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في الفقه والنظام والقانون

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في الفقه

المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في النظام

المطلب الثالث : الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في القانون

المطلب الرابع : المقارنة

المطلب الأول

الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في الفقه

تمهيد وتقسيم :

سبق أن أشرت في المبحثين السابقين إلى أن الفقهاء لم يقيموا تفرقة للدفوع ، إلا أنه يمكن استنتاج تلك التفرقة من خلال ما ترمي إليه أنواع الدفوع ، ومن خلال الأمثلة التي ساقها الفقهاء في كتبهم .

وتوصل الباحث لنتيجة مؤداها أن الدفع بعدم القبول يمثل طائفة مستقلة عن الدفوع الأخرى ، سواء أكانت موضوعية أو شكلية .

ويترتب على ذلك أن الدفع بعدم القبول في مجال الدعاوي والخصومات من ابتداع الفقه الإسلامي ، وليس كما قيل إنها من ابتداع القانون الفرنسي ؛ وذلك للأدلة التالية :

١ـ تُعزى فكرة الدفع بعدم القبول إلى أنها من ابتداع فقهاء القانون الفرنسي القديم الذي كان سارياً قبل الثورة الفرنسية، حيث ظهرت لأول مرة في القانون الفرنسي في الأمر الملكي الصادر سنة ١٦٦٧م وذلك في الباب الخامس من هذا الأمر تحت رقم (٥) من مواده (١) .

والفقه الإسلامي أسبق من القانون الفرنسي بقرون، ومن ثم فهو أسبق في تناول هذه الفكرة. ومسائلها منثورة في كتب الفقهاء . بل إن بعض الفقهاء خصص باباً للقبول وعدمه عند حديثه في موضوع الشهادة (٢)

٢ـ توصل أحد علماء الأزهر الشريف أن أكثر المواد الفقهية في القوانين الفرنسية قد أخذت من الفقه المالكي(٣). وهذا مما يؤكد أن مصدر هذه الفكرة هو الفقه الإسلامي؛ وأن الفقه الفرنسي قد أخذها منه .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٦.
حشيش ، أحمد محمد : الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية ص ١٩١.

(٢) انظر على سبيل المثال :
ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ١٣٦.

(٣) انظر :
حسين ، سيد عبد الله علي : المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي ، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه ، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ، (دار السلام ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م) ، ص ٦٢.

وعن وقت إبداء هذا الدفع : فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يصح قبوله بعد الحكم ؛ إلا أن يكون في مسألة القضاء على الغائب ؛ فالغائب على حُجَّته ودفعه ؛ لأن سكوت المُدَّعى عليه عن دفع الخصومة عن نفسه، ورضاه بالسير في الدعوى حتى وقت صدور الحكم ضده ، يعتبر تقصيراً منه ، ويدل على بطلان دفعه ، وأن الدعوى صحيحة ؛ لأنها قامت ضدَّ خصم على حسب الظاهر ، وبالتالي فإن صدور الحكم الشرعي فيها المستوفى لشروطه وأركانه يكون صحيحاً ؛ لأنه صدر ضدَّ خصم ، فلا يُقبل دفع الخصومة بعده [١].

ورأى محمد نعيم ياسين أن هذا التعليل غير كافٍ ؛ لأنه بثبوت الدفع يتبين أن الدعوى رفعت في وجه خصم غير شرعي ، فلم تكن الدعوى مستوفية لجميع شروطها الشرعية، فتكون غير صحيحة، وبالتالي يكون الحكم غير صحيح، وبهذا يتضح أن هذا الدفع يظهر بطلان القضاء السابق، وينتهي إلى أن الدفع بعد الحكم لا بد أن يكون مقبولاً [٢].

أمَّا قبل صدور الحكم في الدعوى : فقد صرح فقهاء الأحناف بأنه يصح إبداءُ دفع الخصومة قبل الحكم في أي مرحلة من مراحل الدعوى[٣].

وذهب الشافعية إلى أن دفع الخصومة لا يصحُّ إبداؤه إلا قبل الشروع في إقامة البيِّنة من قبل المدَّعي ، فإن أخره المُدَّعى عليه حتَّى قامت البيِّنة، لم يكن مقبولاً [٤].

---

(١) انظر :
ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٦١.
حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ، مطبوع مع البحر الرائق ، جـ ٧ ، ص ٢٣٠.
الهيتمي ، أحمد حجر : تحفة المحتاج بشرح المنهاج مطبوع عليه حاشيتي الشرواني والعبادي ، (المطبعة الميمنية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثالثة ، ١٣١٥هـ) ، جـ ١٠، ص ٣٠٨ وما بعدها .
ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٦١٢.
القحطاني ، مسفر حسين : دفع الدعوى ، مجلة البحوث الإسلامية ، العدد الثلاثون، ص ١٦٩ .
الغامدي ، ناصر محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، ص ٤٩.

(٢) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٦١٢.

(٣) انظر :
ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٦١.
حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ، مطبوع مع البحر الرائق ، جـ ٧ ، ص ٢٣٠.
ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٦١٢.
الغامدي ، ناصر محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، ص ٤٩.

(٤) الهيتمي ، أحمد حجر : تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، جـ ١٠، ص ٣٠٨ وما بعدها .
ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٦١٢.

وأرى أن الدفع بعدم القبول يصح إبداؤه في أي مرحلة من مراحل الدعوى قبل صدور الحكم متى ما كان متعلقاً بالنظام العام الإجرائي . أمَّا بعد صدوره فيحق للمدعي الطعن في الحكم بمستمسكات أخرى ، فلا يكون هذا دفعاً بعد الحكم حتى ولو نجح الطعن في نقض القضاء السابق، وتأسس على سبب من أسباب عدم القبول؛ لأنه لا يُقال إن الحكم غير مقبول، وإنما باطل يتوجب نقضه وإعادة نظر الدعوى، ولأن الدفع في حقيقته يتوجه إلى الدعوى لردها ، وامتناع نظرها . أمَّا بعد الحكم فإنه لا يتوجه إلى الدعوى بشكل مباشر، وإنما يتوجه إلى الحكم بقصد معارضته بالطعن فيه ونقضه، ولا يمنع من نظر الدعوى بعد نقض حكمها . ومن ثم يخرج عن مفهومه إلى مفهوم آخر، وهو الطعن في الحكم (الاعتراض على الحكم بالنقض عند الفقهاء). وهذا يختلف عن الدفع في أسلوب توجهه.

هذا ما يتعلق بوقت إبدائه . أمَّا طريقة إعمال هذا الدفع فلم يتحدث عنها الفقهاء، ويمكن إجراؤها استنتاجاً من كتبهم، حيث إن الشخص عندما يتقدم بدعوى إلى القضاء؛ فإنه يطلب الحماية القضائية التي تخوله لرد الاعتداء الواقع على حقه أو حمايته، وهذه الحماية لها شروط من أجل أن تمنح للمدعي، وهي وجود اعتداء محتمل أو واقع على حقه بصرف النظر هل هو فعلاً يملك هذا الحق أم لا ، وأن يتقدم طالبها بدعوى إلى القضاء طالباً هذه الحماية شريطة أن تكون الدعوى مستوفية لشروط قبولها .

والقاضي حينما تعرض عليه دعوى المدعي فإنه يقوم في المرحلة الأولى؛ بتفحص شروط قبولها دون أن يتعرض لأصل الحق، بمعنى آخر دون أن يفصل في موضوع الدعوى ويتفحص بيِّنات المدعي .

فالتعرض من جانب القاضي للموضوع بقدر ما يمكنه من فحص شروط القبول، بمعنى آخر يتحسس الموضوع ويتلمسه بشكل ظاهري لا يمس موضوع الدعوى ، ومثله في ذلك مثل من يتفحص الموضوع بقدر ما يمكنه من تحديد اختصاصه من عدمه .

وإن وجد القاضي تخلف شرط من شروط قبول الدعوى التي اشترطها الفقهاء، فإنه يتصدى من تلقاء نفسه بإثارة هذا الدفع بعدم قبول الدعوى أي عدم سماعها . فالدفع بعدم القبول يتوجه في حقيقته إلى الدعوى أو الطلب القضائي؛ لتخلف أحد شروط قبولها أو شروط قبوله، فهو يعني امتناع القاضي عن نظر الدعوى ، حيث إن مرحلة قبول الدعوى هي في حقيقتها مرحلة تالية لنظرها ، والدفع بعدم القبول عندما يتوجه إلى الدعوى لعدم قبولها، فإنه يعني في نفس الوقت توجهه إلى إنكار الحماية القضائية على طالبها بعدم منحه تلك الحماية؛ لتخلف أحد شروطها .

ولا يعني مما ذكر أن الدفع بعدم القبول لا يمكن إثارته إلا في بداية رفع الدعوى، وذلك لأن الفقهاء أجازوا إثارته من قبل المدعى عليه حتى ولو بعد التعرض للموضوع ؛ ولكن هذا التعرض يكون بقدر ما يفصل في هذا الدفع ليس إلا . مثل: لو قال المدعى عليه في دعوى العين هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب، وبرهن على قوله دفعت عنه الخصومة أي حكم القاضي بدفعها؛ لأنه أثبت أن يده ليست يد خصومة، بمعنى أن لا صفة له في الدعوى [١] .

أمَّا من حيث الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول هل يعتبر حكماً فاصلاً في الموضوع أم لا ؟

الواقع إن الفقهاء حينما اشترطوا شروطاً لقبول الدعوى وسماعها، أوجبوا على القاضي التصدي بإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه حال تخلف أي شرط من شروطها، وإن لم ينصوا على ذلك صراحة . فمثلاً عندما يجد القاضي أن الدعوى غير محققة، مثل أن يقول المدعي : أظن أن لي على فلان ألفاً ، فلا تسمع هذه الدعوى ، أي لا تقبل لتعذر الحكم بالمجهول ولفقد هذه الدعوى شرط من شروط قبولها، وهي أن تكون محققة .

هذا الحكم من القاضي بعدم القبول لا يعتبر فاصلاً في موضوع الدعوى حيث يحق للمدعي رفع دعواه من جديد إذا تأكد من مقدار المبلغ الذي يدعيه . كما أن من يدفع الخصومة عن نفسه بأن يده ليست يد حفظ في دعوى العين، ويحكم القاضي بهذا الدفع ؛ لأن المدعى عليه أثبت أن لا صفة له في الدعوى، فإن هذا الحكم لا يعد فاصلاً في الموضوع ، وإن كان يعد فاصلاً في الخصومة دون موضوعها، حيث يحق للمدعي رفع دعواه مرة أخرى ؛ ولكن ليس في مواجهة خصمه السابق ــ عدا حالة طعن الحكم بالنقض أي ببطلان القضاء ــ وإنما في مواجهة الخصم الذي تتوجه إليه الدعوى من جديد .

والسؤال الذي يمكن طرحه : هل عرف الفقه الإسلامي فكرة الجزاء الإجرائي المشار لها في الفقه القانوني ؟

وهل يعتبر الدفع بعدم القبول أحد أنواعها ؟

ثم ماهي علاقة الدفع بعدم القبول ببعض الأنظمة الأخرى الموجودة في فقه المرافعات الشرعية ؟

كل هذه التساؤلات دفعت الباحث لتناولها ضمن التقسيم الآتي :

---

(١) ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : البحر الرائق ، جـ ٧، ص ٢٢٨ وما بعدها .

الفرع الأول : الدفع بعدم القبول وفكرة الجزاء الإجرائي في الفقه

الفرع الثاني : علاقة الدفع بعدم القبول بسقوط الحق الإجرائي في الفقه

الفرع الثالث : علاقة الدفع بعدم القبول بالتقادم في الفقه

الفرع الرابع : علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الحكم القضائي في الفقه

الفرع الأول : الدفع بعدم القبول وفكرة الجزاء الإجرائي في الفقه

لم أجد فيما قرأت من كتب الفقهاء تناولاً لفكرة الجزاء الإجرائي كفكرة مستقلة، ولم يستخدم الفقهاء هذا المصطلح من قبل .

وهذا لا يعني أنهم لم يبحثوا أيَّاً من أجزائها؛ حيث استخدم الفقهاء بعضاً من أنواع الجزاءات الإجرائية دون أن يشيروا إلى أنها جزاءات إجرائية .

وفكرة الجزاء الإجرائي تقوم على مفهوم العقاب على مخالفة القواعد الإجرائية التي نظمها الفقهاء في مجال فقه المرافعات الشرعية(١).

وللدلالة على وجود فكرة الجزاء الإجرائي عند الفقهاء مايلي :

١ـ عندما يتقدم شخص بدعوى للقضاء فأول ما يجب على القاضي القيام به، هو التأكد من أن الشروط التي اشترطها الفقهاء متوفرة في هذه الدعوى ؛ لتكون صحيحة ومقبولة؛ ليتمكن بعد ذلك من نظر الدعوى . أمَّا لوجد تخلف لأحدها ، فإنه لا يقبل هذه الدعوى لحين تصحيح ما يمكن تصحيحه من قبل المدعي (٢).

عدم قبول القاضي لهذه الدعوى يعني امتناعه عن نظرها، وهذا هو أحد أنواع الجزاءات الإجرائية، فعدم قبول الدعوى أو عدم سماعها هو في حقيقته وصف أو تكييف لهذا العمل ؛ لأنه شابه عيب إجرائي ترتب عليه جزاء إجرائي، وهو الامتناع عن نظر الدعوى (٣).

٢ـ عدم الاختصاص، أي عدم اختصاص القاضي بنظر الدعوى المطروحة أمامه ، وهذا أمر مقرر عند الفقهاء .

ومن ذلك قول ابن قدامة : " ويجوز أن يولي قاضياً عموم النظر في خصوص العمل ، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه ، فينفذ حكمه في من سكنه، ومن أتى إليه من غير سكانه . ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل ، فيقول : قد جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة، في جميع ولايتي . ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال ، نحو أن يقول : أحكم في المائة فما دونها . فلا ينفذ حكمه في أكثر منها "(٤) .

---

(١) رمضان ، أيمن أحمد : الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، ص ٣١.
(٢) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٠٨: ١١١.
(٣) رمضان ، أيمن أحمد : الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، ص ٢٠٢.
عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ١٦.
(٤) ابن قدامة ، عبد الله أحمد : المغني ، جـ ١٤ ، ص ٨٩ وما بعدها .

فعدم الاختصاص وصف أو تكييف لهذا العمل، والجزاء المترتب عليه عدم نفاذ حكم القاضي؛ مما يستلزم معه مسبقاً عدم قيام المحكمة بنظر الدعوى لخروجها عن ولايتها [١].

٣ـ عدم حكم القاضي وهو غضبان، وفي هذا يقول ابن قدامة : " لا خلاف بين أهل العلم فيما علمناه، في أن القاضي لا ينبغي له أن يقضي وهو غضبان ...... وفي معنى الغضب كل ما شغل فكره ، من الجوع المفرط ، والعطش الشديد ، والوجع المزعج، ومدافعة أحد الأخبثين، وشدة النعاس ، والهم ، والغم ، والحزن ، والفرح ، فهذه كلها تمنع الحاكم؛لأنها تمنع حضور القلب ، واستيفاء الفكر ، الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب ، فهي في معنى الغضب المنصوص عليه ، فتجري مجراه . فإن حكم في الغضب أو ما شاكله ، فحُكي عن القاضي ، أنه لا ينفذ قضاؤه ؛ لأنه منهي عنه ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ..." [٢]

فعدم حكم القاضي في حالة الغضب وصف لهذا العمل ، والجزاء المترتب عليه هو عدم نفاذ حكمه؛ فيمن يرى ذلك من أهل العلم [٣].

٤ـ سقوط الحق الإجرائي وأعرض له في الفرع التالي .

وهناك جزاءات أخرى تطرق لها الفقهاء، منها ما يتعلق بالقاضي أو بالخصوم أو بالدعوى، مثل : الفساد والبطلان وعدم حكم القاضي لنفسه أو إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة ونحو ذلك . والجزاءات الإجرائية منثورة في كتب الفقهاء، وتحتاج لبحث مستقل لجمعها وإظهارها، وليس هذا مجال بحثها .

صفوة القول :

عرف الفقه الإسلامي فكرة الجزاء الإجرائي دون أن يبحثها كفكرة مستقلة، ومن غير أن يستخدم هذا المصطلح .

والدفع بعدم القبول في مفهوم الفقه الإسلامي، هو أحد أنواع الجزاءات الإجرائية الموجودة في فقه المرافعات الشرعية .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ١٦.

(٢) ابن قدامة ، عبد الله أحمد : المغني ، جـ ١٤ ، ص ٢٥.

(٣) هذا رأي الحنابلة ، أمّا جمهور الفقهاء ـ وهو الراجح ـ قالوا بعدم جواز قضاء القاضي وهو غضبان ، ولو أن القاضي استمر ومضى في الإجراءات وأصدر حكمه ، فإن الحكم صحيح ونافذ إذا وافق الحق . وفرق المالكية في قول بين الغضب الكثير فلا يصح حكمه ، والغضب اليسير ، فلا يؤثر في صحة الحكم . ولمن يريد الاستزادة حول آراء الفقهاء في هذه المسألة وأدلتهم فليرجع إلى :
شموط ، حسن تيسير : العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، ص ٣٦٠: ٣٦٥.

الفرع الثاني : علاقة الدفع بعدم القبول بسقوط الحق الإجرائي في الفقه

لم يتناول الفقهاء بحث فكرة السقوط في فقه المرافعات الشرعية ، ولم يستخدموا هذا المصطلح من قبل .

وتقوم فكرة السقوط على سقوط الحق الإجرائي للخصم إذا لم يباشره في وقت معين [(١)] .

وسقوط الحق الإجرائي يعتبر أحد أنواع الجزاءات الإجرائية، وهو وصف أو تكييف للحق الإجرائي الذي لم تتم ممارسته في الأجل المحدد. والجزاء المترتب عليه هو عدم عودة هذا الحق لممارسته من جديد [(٢)].

وقد عرف فقهاء المالكية هذا النوع من الجزاءات الإجرائية تحت مسمى الإعذار والتأجيل (الإمهال) [(٣)] .

والإعْذار في اللغة : مصدر عَذَرَ جمعها أعْذار، وهي الحجة التي يُعْتذر بها [(٤)].

" والإعذار المبالغة في العُذْر، ومنه : " أعذر من أنذر" ، أي قد بالغ في الإعذار من تقدم إليك فأنذرك ، ومنه إعذار القاضي إلى من ثبت عليه، يؤخذ منه فيعذر إليه فيمن شهد عليه بذلك " [(٥)].

وهو في الاصطلاح : سؤال الحاكم من توجه عليه موجب الحكم هل له ما يسقطه [(٦)] .

ويُعَرَّف أيضاً بأنه : سؤال الحاكم من توجه عليه الحكم ببيِّنة ، هل عنده ما يجرح هذه البيِّنة أم لا [(٧)].

ومفهوم ذلك أن أحد الخصمين أقام بيِّنة على الآخر، وهذه البيِّنة حال قبولها، يلزم صدور الحكم ضد الآخر . فهنا يوجه القاضي سؤاله لمن توجهت البيِّنة ضده إن كان لديه ما يطعن بهذه البيِّنة أو عنده ما يسقطها . ولا يفهم من ذلك أن الإعْذار يكون بعد أن أصبح الحكم بيِّناً وأوشك القاضي على إصدار حكمه، بل هو قبل صدور الحكم وقبل إقرار الخصم

(١) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع في نظام المرافعات ، ص ١٢٨.

(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ،ص ١٦.

(٣) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٤٢.

(٤) ابن منظور ، محمد مكرم : لسان العرب ، جـ ٤ ، ص ٥٤٥ ، باب العين فصل الراء.

(٥) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٤٢.

(٦) عليش ، محمد أحمد : منح الجليل شرح مختصر خليل ، (دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، د.ط ، د.ت) ، جـ ٨ / ص ٣٢٤.

(٧) العدوي ، علي أحمد : حاشية العدوي على شرح الخرشي ، مطبوعة بهامش شرح الخرشي (دار صادر ، بيروت ، لبنان ، د. ط ، د.ت) ، جـ ٧ ، ص ١٥٨.

بالبيِّنة أو عدم قدرته على إسقاطها [١] .

وقد جاء عن الإمام مالك ـ رحمه الله ـ حيث قال : وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتيهما ، وفهم القاضي عنهما ، وأراد أن يحكم بينهما ، أن يقول لهما : أبقيت لكما حجة ؟ ، فإن قال : لا ، حكم بينهما ، ثم لا يقبل منه حجة بعد إنفاذه ، يعني إنفاذ القضاء ، وإن قال : نعم بقيت لي حجة ، أنظره القاضي ، ولم يزل على حجته عند ذلك القاضي وعند غيره ، مع بقاء ولايته وبعدها ، وينظر له القاضي في ذلك، هو أو من ولي بعده ، وهذا ما لم يظهر لدده ، فحينئذ يُعْجزه " [٢] .

والإعذار قد يكون إلى المدعى عليه ، وقد يكون إلى المدعي [٣] .

إنَّ القاضي منح كل من المدعي والمدعى عليه حقاً إجرائياً في تقديم حجتهما ، فإن أجاب كل منهما بالنفي ، فهذا يعني أن كل منهما أسقط حقه الإجرائي في أجل محدد، وهو قبل صدور الحكم . فلو قدم أحدهما حجته بعد الحكم ، فإن القاضي يتصدى في إثارة عدم قبولها؛ لسقوط الحق الإجرائي؛ لعدم اتخاذه في موعده المحدد .

وبهذا يتبين أن وسيلة التمسك بسقوط الحق الإجرائي لعدم اتخاذه في ميعاده هو عدم القبول، وإن الأصل في إثارته من قبل القاضي.

وأمَّا الإمهال أو التأجيل يكون من قبل القاضي لأحد الخصوم لإحضار حجة غائبة ، وفي هذا يقول ابن فرحون : " فإذا أعذر القاضي إلى من توجه الإعذار إليه من طالب أو مطلوب ، وسأله : أبقيت لك حجة ، فإن قال : نعم ، وسأله التأجيل ضرب له أجلاً بحسب تلك الواقعة بما يؤديه إليه اجتهاده في بلوغ المؤجل مقصوده ، مع انتفاء ضرر خصمه ، فإن كان التأجيل في حق المطلوب وأتى بمدفع فيما شهد به عليه ، أو ادعى عليه فسأل الطالب التأجيل أيضاً وزعم أن له مدفعاً فيما أتى به المطلوب ضرب له أجلاً أيضاً وتلوَّم عليه ، حتى يحق الحق ويتبين عجز أحدهما ، فينفذ الحكم حينئذ ويحكم بالتعجيز على من توجه عليه ... وضرب الأجل مصروف إلى اجتهاد الحاكم بحسب حسن النظر في أمر الخصمين ، وليس فيه حد محدود لا يُتَجَاوز ، إنما هو الاجتهاد." [٤].

---

(١) شموط ، حسن تيسير : العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية ، (رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي من كلية الشريعة بالجامعة الأردنية مطبوعة ، دار النفائس ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٦هـ) ، ص ٣٢٩.

(٢) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٤٢.

(٣) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٤٦.

(٤) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٤٦.

وإذا انقضى الأجل ولم يأت الشخص المؤجل بشيء ؛ يوجب له نظراً أعجزه القاضي وأنفذ عليه القضاء، وسجل وقطع بذلك تبعته عن خصمه في ذلك المطلوب، ثم لا يسمع منه بعد ذلك حجة إن وقع عليها، ولا يقبل منه بيِّنة إن أتى بها ، يستوي في هذا الطالب والمطلوب [١] .

فعند طلب أحد الخصمين من القاضي أجلاً لإحضار بيِّنته سواء في الدعوى أو الدفع ، يمهله القاضي أجلاً محدوداً وبعد انقضائه ، ولم يقم بحقه الإجرائي خلال ذلك الميعاد في إحضار بيِّنته، فإن يترتب عليه سقوط حقه الإجرائي لعدم اتخاذه في وقته المعتبر . فلو أتى ببيِّنته بعد انقضاء الأجل فإنها لا تقبل . فالقاضي يتصدى بإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه بعدم قبول بيِّنته لسقوط حقه الإجرائي ؛ لعدم اتخاذه في ميعاده المحدد ، ووسيلة التمسك في سقوط الحق هي عدم القبول .

وهناك حالة ثالثة لسقوط الحق لعدم اتخاذه في موعده، وهو يتعلق بالدفع الشكلي الغير متعلق بالنظام العام، مثل : الدفع بعدم الاختصاص المكاني، حيث إن المقصود من التخصيص المكاني،هو مراعاة حق المدعى عليه، وبالتالي فوقت إبداء هذا الدفع قبل السير في الدعوى أي في بدايتها ، فهو حق إجرائي شخصي للمدعى عليه لا يجوز إثارته إلا من قبله . فإذا لم يثره المدعى عليه إلا بعد السير في الدعوى ، فإنه لا يقبل منه ؛ لأن سكوته عن إثارة هذا الدفع في أول الدعوى يعد إقراراً منه بالتنازل عن حقه لكونه مفرطاً فيه عن إبدائه في وقته[٢] ، فيسقط الحق الإجرائي في إبداء الدفع الشكلي لعدم اتخاذه في وقته المعتبر، ووسيلة التمسك بهذا السقوط هو عدم القبول .

---

(١) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٥٠وما بعدها .
(٢) المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوي القضائية ، ص ٦٢.

الفرع الثالث : علاقة الدفع بعدم القبول بالتقادم في الفقه

موضوع التقادم أو ما يسمى مرور الزمن من المواضيع المهمة التي بحثها الفقهاء قديما وحديثاً ، وأولوها جل اهتمامهم . وأعرض لهذا الموضوع ، ثم بيان علاقة الدفع بعدم القبول به وفقاً للنقاط التالية :

أولاً : تعريف التقادم في اللغة :

التقادم : مشتق من ((قدم)) . والقِدَمُ: العِتْقُ مصدر القَدِيم. والقِدَمُ : نَقِيضُ الحُدوث ، قَدُمَ يَقْدُم قِدَماً وقَدامةً وتَقادَمَ، وهو قَدِيم،والجمع قُدماء وقُدامى[1]

ثانياً : تعريفه في الاصطلاح :

يُعَرَّف التقادم بشكل عام بأنه : " انقضاء زمن معين (كخمسة عشر عاماً أو أكثر ، أو أقل) على حق في ذمة إنسان ، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبهما وهو قادر على المطالبة " [2] .

أمَّا التقادم في الدعوى ، فيمكن تعريفه بأنه : " عبارة عن منع سماع الدعوى بعد أن تركت مدة معلومة " [3] .

ثالثاً : مبررات التقادم وأثره في إسقاط الحق :

التقادم إمَّا أن يُعتبر مانعاً للسماع بالحق أمام المحاكم مع اعتبار الملكية أو الحق باقيان على وضعهما السابق ، وهذا هو التقادم المانع ؛ لأنه يمنع من سماع الدعوى .

وإمَّا أن يكون التقادم سبباً لملكية صاحب اليد وانقطاع حق صاحب الحق المهمل بتاتاً ، وهذا هو التقادم المكسب ؛ لأنه أكسب الإنسان ملكية في شيء معين هو في الأصل لغيره [4] .

وتناول الفقهاء لموضوع التقادم ليس على أنه سبب مكسب للملكية ، بل على أنه مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مر عليه الزمن المحدد ،

---

(١) ابن منظور ، محمد مكرم : لسان العرب ، جـ ١٢ ، ص ٤٦٥، باب القاف فصل الميم .

(٢) الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل الفقهي العام ، جـ ١ ، ص ٣٣٥. حاشية رقم(١).

(٣) باز ، سليم رستم : شرح مجلة الأحكام العدلية ، ص ٩٨٣.

المالكية يبحثون التقادم عند تكلمهم عن الحيازة ووضع اليد ، وهناك تقارب بين مفهوم التقادم والحيازة ، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما ، فالحيازة تعني : وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم ، وغيره من وجوه التصرف.انظر: العدوي ، علي أحمد : حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ، تحقيق يوسف الشيخ ومحمد البقاعي ، (دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٢هـ) ، جـ ٢ ، ص ٤٨٢: ٤٨٤ .

فمجرد وضع اليد والتصرف فيها لا يعني التقادم ، فإذا مضى زمن محدد دون أن يُطالب بها صاحبها فإنها تكون حينئذ مرجحاً للملك .

(٤) الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل الفقهي العام ، جـ ١ ، ص ٣٣٥. حاشية رقم(١).

تدبيراً تنظيمياً للقضاء ، ولتجنب عراقيل الإثبات ومشكلاته بعد التقادم ، وللشك في الحق الذي تقادم عليه الزمن دون مطالبة به [١]؛ لأن ترك الدعوى زماناً مع التمكن من قيامها يدل على عدم الحق ظاهراً[٢].

أمَّا أصل الحق فلا يسقط بتقادم الزمان[٣] ، فإن كان باقياً فهو في ذمة الإنسان لصاحبه ، ويجب وفاؤه في حكم الديانة [٤] .

وعدم السماع لمضي المدة ؛ يعود للنهي من السلطان ، فيكون القاضي معزولاً عن سماعها إلا بأمر. فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع. وسبب النهي إرادة قطع الحيل والتزوير ، ولا يخفى هذا عند إنكار الحق. أمَّا عند الإقرار به فلا يسقط بالتقادم؛ لزوال الشك وظهور الحق بإقراره[٥].

رابعاً : مدة التقادم :

اختلف فقهاء الحنفية في تحديد مدة التقادم، فبعضهم جعلها ستاً وثلاثين سنة أو ثلاثاً وثلاثين سنة أو ثلاثين سنة، إلا أنه لما كانت هذه المدد طويلة استحسن أحد سلاطين الدولة العثمانية أن يجعلها خمس عشرة سنة فقط ؛ لكون القضاء يتخصص بالمكان والزمان والخصومة، ويقبل التقييد والتعليق ، وبالتالي نهى قضاته عن سماع دعوى تركها المدعي خمس عشرة سنة بلا عذر، وعلى هذا النهي استقر خلفاؤه على هذه المدة لما فيه من المصلحة العامة، وعلى اعتبار أن مرور الزمان مبني على أمرين :

الأول : أنه حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء .

والثاني: أمر سلطاني يجب على القضاة اتباعه؛ لأنهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة بدون عذر، والقاضي وكيل عن السلطان، والوكيل يستفيد التصرف من موكله. فإذا خصص عمله تخصص ، وإذا عممه تعمم ،كما أن من حق السلطان أن يأمر القاضي بسماع دعوى تجاوزت تلك المدة بدون عذر؛ لأن من حقه فعل ذلك ، وتصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة [٦].

---

(١) الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل الفقهي العام ، جـ ١ ، ص ٣٣٥ وما بعدها .
(٢) الجارم ، محمد صالح : كتاب المجاني الزهرية على الفواكه البدرية لابن الغرس،ص ١٠٨
(٣) المرجع السابق ، ص ١٠٨.
(٤) الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل الفقهي العام ، جـ ١ ، ص ٣٣٦.
(٥) الجارم ، محمد صالح : كتاب المجاني الزهرية على الفواكه البدرية لابن الغرس ، ص ١٠٨ وما بعدها .
(٦) ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : الأشباه والنظائر ، جـ ١، ص ١٢٤.
باز ، سليم رستم : شرح مجلة الأحكام العدلية ، ص ٩٨٣ وما بعدها .

خامساً : الأعذار المانعة من سريان مبدأ مرور الزمن في الدعوى :

اشترط الحنفية والمالكية الذين قالوا بمنع سماع الدعوى لمرور الزمن عدم وجود ما يمنع الشخص من المطالبة بحقه، لأنهم نظروا إلى مبدأ تحقيق العدالة القضائية، حيث إن الإنسان قد يسكت عن المطالبة بحقه لوجود عذر يمنعه من ذلك [١].

وتكلم الفقهاء عن الأعذار التي توقف مدة مرور التقادم، وتسمع الدعوى بوجود مثل تلك الأعذار. ومن الأعذار التي ذكرها الفقهاء ما يلي:

١ـ في حالة كون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً .

٢ـ في حالة كون المدعى عليه من المتغلبة ، بأن يكون حاكماً أو أميراً ظالماً .

٣ـ إذا كان المدعي غائباً غيبة بعيدة .

٤ـ في حالة كون المدعى عليه معسراً ثابت الإعسار [٢].

فهذه الحالات التي ذكرها الفقهاء توقف مبدأ مرور الزمان من تاريخ زوال تلك الأعذار واندفاعها، وتسمع الدعوى بعد أن يُبدي المدعي عذره، وسبب سكوته تلك المدة . ووقف أثر التقادم على الدعوى عند وجود عذر من هذه الأعذار يتفق مع العدالة القضائية والمصلحة التي تهدف إليها الشريعة . أمَّا إذا كانت الأعذار أو أحدها موجودة فلا يسري حكم الزمان عليها طالما كانت موجودة [٣] .

وهذه الأعذار ليست على سبيل الحصر، وإنما كأمثلة على وجود أعذار تمنع من سريان مدة التقادم . وهناك أمثلة أخرى ذكرها الفقهاء ليس البحث بصدد سردها، وما يجمعها أن التقادم لا يسري إذا كان هناك عذر مانع من المطالبة بها في وقتها .

سادساً : علاقة الدفع بعدم القبول بالتقادم في الفقه :

تكمن هذه العلاقة في أن الدفع بالتقادم يعتبر من قبيل النظام العام(المصلحة العامة) أي أن تحديد مدته ونوعه ومحتواه يعود للسلطان . ومن ثم يجوز التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ووسيلة التمسك بهذا الدفع عن طريق الدفع بعدم القبول؛ لأن أثر التقادم في الفقه ينحصر في سقوط الدعوى التي تحمي الحق دون سقوط الحق ، فيسقط حق المدعي

---

(١) الدسوقي ، محمد عرفة : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تحقيق محمد عليش ، (دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، د. ت) ، جـ ٤ ، ص ٢٣٣: ٢٣٥ .

(٢) باز ، سليم رستم : شرح مجلة الأحكام العدلية ، ص ٩٩٠ : ٩٩٣ .

(٣) شموط ، حسن تيسير : العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية ، ص ٢٧١.

في رفع دعواه بسبب تقادم دعواه [١] .

الفرع الرابع : علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الحكم القضائي في الفقه

أعرض لحجية الحكم القضائي في الفقه ثم بيان علاقة الدفع بعدم القبول بها، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : تعريف حجية الحكم القضائي :

الحُجّيةُ لغة : مأخوذة من الحُجَّةِ وهي :الدَّليل والبُرهان ، وقيل الحُجَّةُ ما دُوفِعَ به الخصم . والحُجَّةُ : هي الوجه الذي يكون به الظَّفَرُ عند الخصومة، ، وجمعها: حُجَجٌ وحِجاجٌ ، يُقال حاجَجْتُه أَحَاجُّه حِجاجاً ومُحاجَّةً حتى حَجَجْتَه أي غَلَبْتُه بالحُجَج التي أَدْلَيْتُ بها ، واحْتَجَّ بالشيء : اتخذه حُجَّةً [٢] .

الحُجّية في الاصطلاح :

لم يستعمل المتقدمون من الفقهاء اصطلاح حجية الحكم القضائي أو حجية الشيء المحكوم فيه ، للدلالة على أن القاضي إذا أصدر حكمه في موضوع النزاع بين الخصوم ؛ يترتب عليه عدم صحة إعادة رفع الدعوى نفسها ولذات الموضوع والسبب والأشخاص مرة أخرى ؛ لمناقشة ما سبق أن فصل فيه[٣].

وإنما استعملوا مصطلح عدم النقض[٤]. وهو يساوي ما اصطلح عليه الفقه القانوني الحديث بحجية الأمر المقضي فيه[٥] .

وهذا معنى قول بعض الفقهاء : " الدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشرعي لا تنقض ولا تُعاد ما لم يكن في إعادتها فائدة بأن أتى بها مع دفع أقام عليه البيِّنة فإنها تسمع " [٦] .

وعرَّف محمد نعيم ياسين حجية الحكم بقوله : " الحكم القضائي إذا صدر

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى ، ص ٥٩٧.
(٢) ابن منظور : محمد مكرم : لسان العرب ، جـ ٢ ، ص ٢٢٨، باب الحاء فصل الجيم.
(٣) الحمادي ، حسن أحمد : نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية ، (رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية بمصر مطبوعة ، الدار العلمية الدولية للنشر ودار الثقافة للنشر ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣م) ، ص ٦٩ .
(٤) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٧٩.
(٥) القطب ، محمد القطب : العمل القضائي في القانون المقارن ، (رسالة دكتوراه ، القاهرة ١٩٦٤م) ، ص ٨٨ .
(٦) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٧٩.

مستوفياً شروطه وخالياً من موانع صحته ، فإنه يجب العمل به وتنفيذه ، ولا يجوز نقضه وتركه إلا بدليل يقوم على بطلانه " [١].

وعرَّفها حسن الحمادي بأنها : " وصف ثابت بحكم الشرع ، يلحق مضمون الحكم القضائي، أو الأمر المقضي فيه، الفاصل في المراكز الموضوعية القانونية، ويكون غير قابل للمناقشة فيه مرة أخرى " [٢] .

ويظهر من هذا التعريف الأخير أن الحجية صفة لا تقبل المناقشة والمنازعة مرة أخرى ، تلحق الأحكام القضائية التي تفصل في موضوع الخصومة، وتحسم المنازعة محل الطلبات المعروضة في الدعوى، وهي تثبت بحكم الشرع ، ومن ثم يمنع إعادة الدعوى للنظر فيها مرة أخرى [٣].

وأرى أن هذا التعريف قاصر؛ لأنه يقصر الحجية على الحكم القضائي الفاصل في موضوع الخصومة، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الحكم القضائي أيضاً يكتسب الحجية فيما لو كان فاصلاً في الخصومة كلّها دون موضوعها، مثل : الحكم الصادر في دفع الخصومة لانتفاء صفة المدعى عليه إذا أثبت أن لا صفة له في الخصومة[٤].والتعريف الأول هو الأنسب.

ثانياً: المبادئ التي تستند عليها الحجية :

١ـ منع تجدد الخصومات .

٢ـ مراعاة استقرار الأحكام القضائية.

٣ـ المحافظة على ولاية القضاء وصيانتها .

٤ـ تقديم المصلحة العامة على العدالة المطلقة .

٥ـ مراعاة استقرار الحقوق والمراكز الموضوعية .

هذه المبادئ مأخوذة من الكتاب والسنة والإجماع وأدلة نظرية من فقه الصحابة والتابعين ، ومن كتب الفقهاء المختلفة [٥].

كما أن المبادئ التي تستند عليها الحجية تستنبط من القواعد الفقهية التي وضعها الفقهاء ، ومن أهمها :

قاعدة < الاجتهاد لا ينقض بمثله > [٦] .

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، (بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة من كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، القسم الأول ، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م) ، ص ١٣٥.

(٢) الحمادي ، حسن أحمد : نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية ، ص ٧٣.

(٣) المرجع السابق ، ص ٧٣.

(٤) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٦٤.

(٥) الحمادي ، حسن أحمد:نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية ،ص ٧٨: ١٣٤.

(٦) السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر : الأشباه والنظائر ، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ) ، ص ١٠١ =

ومعنى هذه القاعدة، أن الاجتهاد المستوفى شروطه إذا اتصل بالحكم أو بالقضاء نفذ ولا يجوز نقضه بالاجتهاد الثاني الجديد؛لانتفاء الترجيح[١].

والأصل في هذه القاعدة : " إجماع الصحابة رضي الله عنهم نقله ابن الصباغ ، وأن أبا بكر حكم في مسائل خالفه عمر فيها ولم ينقض حكمه وحكم عمر في المشركة بعدم المشاركة ثم بالمشاركة وقال: ذلك على ما قضينا وهذا على ما قضينا . وقضى في الجد قضايا مختلفة . وعلته أنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول ؛ فإنه يؤدي إلى أنه لا يستقر حكم وفي ذلك مشقة شديدة ، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض ، وهلم جرا.." [٢] .

وفي مثل هذا يقول الآمدي : " اتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم ؛ فإنه لو جاز نقض حكمه إما بتغيير اجتهاده أو بحكم حاكم آخر؛لأمكن نقض الحكم بالنقض ونقض نقض النقض إلى غير النهاية . ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم وهو خلاف المصلحة التي نصب الحاكم لها . وإنما يمكن نقضه بأن يكون حكمه مخالفاً لدليل قاطع من نص أو إجماع أو قياس جلي "[٣] .

وهناك قواعد فقهية أخرى يمكن استنباط بعض المبادئ منها مثل :

١- < سد الذرائع > .

٢- < المصلحة العامة > .

٣- < لا ضرر ولا ضرار >

٤- < الخاص يقدم على العام >[٤] .

ثالثاً : طبيعة فكرة الحجية :

تعتبر حجية الحكم القضائي قاعدة نصية آمرة ، متعلقة بالمصلحة العامة (النظام العام الشرعي) ، التي لا يجوز مخالفتها، أو الاتفاق على مخالفتها من الخصوم، ذلك أن غاية هذه الفكرة،هي منع الخصم الذي خسر

= ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : الأشباه والنظائر ، جـ ١، ص ١٠٥.

(١) عزام ، عبد العزيز محمد : القواعد الفقهية ، (دار الحديث ، القاهرة ، مصر ، د.ط ، ١٤٢٦هـ) ، ص ٢٣٣.

(٢) السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر : الأشباه والنظائر ، ص ١٠١.

(٣) الآمدي ، علي محمد : الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق سيد الجميلي ،(دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ) ، جـ ٤ ، ص ٢٠٩.

(٤) انظر : تفصيل هذه القواعد وكيفية استنباط المبادئ التي تستند عليها الحجية منها إلى : الحمادي ، حسن أحمد : نظرية حجية الحكم القضائي ، ص ١٢٩: ١٣٤.

دعواه من السعي مرة أخرى إلى إعادة النزاع فيما حكم به من حيث موضوع الحكم ولذات السبب والأشخاص، سواء أكان ذلك بإجراءات مبتدأة مستقبلة،أو في دعوى جديدة يثار فيها مضمون ما قضى به الحكم، باعتباره مسألة أولية لازمة للقضاء فيها . كما يلتزم القضاة باحترام هذا الحكم القضائي واعتباره حجة؛ لأنه رمز الصواب، وعنوان الحق والحقيقة. وتعلق قاعدة الحجية بالنظام العام الشرعي ليس بدعاً من القول في فقه الشريعة، وإنما يمكن استخلاصها من أقوال الفقهاء التي تظافرت في التعبير عن هذه الفكرة بأسلوب فقهي وبلغة قضائية عميقة، تنم عن فهم واسع لدى الفقهاء بمفهوم هذه الفكرة[١].

رابعاً : فكرة الحجية والطعن في الحكم :

حجية الحكم القضائي التي يكتسبها الحكم بعد صدوره لا تمنع من الطعن في هذا الحكم من قبل أحد الخصوم ، وفي هذا يقول بعض الفقهاء : الدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشرعي مستوفية لشروطها الشرعية لا تنقض ولا تعاد .هذا في حالة لم يزد المدعي على ما صدر منه أولاً ، أمَّا لو جاء بدفع صحيح أوجاء ببيِّنة بعد عجزه عنها ؛ فإنها تسمع طالما أن في إعادتها فائدة[٢] .

خامساً : وسيلة التمسك بالحجية :

للخصم أحقية التمسك بحجية الحكم القضائي ؛ لمنع تجديد النزاع مرة أخرى . والوسيلة الفنية التي اعتمدها الفقهاء ؛ لإعمال فكرة الحجية للحكم القضائي، هي منع سماع الدعوى التي سبق القضاء فيها بحكم موضوعي، أو منع المناقشة وتجديد البحث في المسألة المقضي فيها لسبق الفصل فيها أو الدفع بحجية الشيء المحكوم فيه في دعوى جديدة تعتبر المسألة المقضي فيها أساساً أولياً للدعوى الجديدة . وكنه هذا الدفع أنه يرمي إلى عدم جواز سماع الدعوى مرة أخرى لسبق الحكم في موضوعها، ويتجه مضمونه إلى نفي حق الشخص في استعمال دعواه في المسألة المقضي فيها [٣]. ومن ثم فإن هذا الدفع لا يعتبر دفعاً إجرائياً يوجه إلى شكل الدعوى ، ولا دفعاً موضوعياً يتناول أصل الحق الموضوعي؛لأنه لا يفصل في المركز القانوني لطلبات الخصوم[٤]، وإنما هو من قبيل دفوع عدم القبول . ويتم التمسك به في أي حال تكون عليها الدعوى .

---

(١) الحمادي ، حسن أحمد : نظرية حجية الحكم القضائي ، ص ١٧٥وما بعدها .

(٢) ابن عابدين:محمد علاء الدين أفندي ،حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١،ص ٣٤وما بعدها.

(٣) الحمادي ، حسن أحمد : نظرية حجية الحكم القضائي ، ص ١٨٢.

(٤) المرجع السابق ، ص ١٨٢.

المطلب الثاني

الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في النظام

تمهيد وتقسيم :

نصت المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي على الدفع بعدم قبول الدعوى كدفع مستقل عن بقية الدفوع ، بحيث أوردت له بعض الشروط التي ليست على سبيل الحصر، فنصت على ضرورة توافر شرط المصلحة والصفة والأهلية أو لأي سبب آخر .

وأوضحت تلك المادة وقت إبدائه، بحيث يجوز التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

ولا يرد عدم القبول على الطلب القضائي فحسب، وإنما يرد أيضاً على الدفع عملاً بالمادة الرابعة من النظام .

هذا الدفع يوجه إلى الطلب القضائي على اعتبار أن الدعوى هي في حقيقتها طلب مقدم إلى القضاء ؛ يهدف صاحبه من تقديمه طلب الحماية القضائية لرد الاعتداء الواقع على حقه أو حمايته . وفي حالة نجاح هذا الدفع ، فإنه ينكر هذه الحماية على طالبها؛ لأنه يوجه في نفس اللحظة إلى شرط المصلحة في هذه الحماية بما يضمن عدم قبول طلبه، فهو إذن ليس دفعاً شكلياً؛ لأنه لا يتوجه إلى إجراءات الخصومة، كما أنه ليس دفعاً موضوعياً؛ لأنه لا يمس أصل الحق [(١)] .

والطلب القضائي قد يكون أصلياً، وهو ما يُقدم كأساس للدعوى[(٢)]، وقد يكون من الطلبات العارضة التي تقدم أثناء سير الخصومة[(٣)] .وقد يكون الطلب القضائي طلب الإدخال والتدخل[(٤)].

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٣٢ ، ١٣٣.

(٢) المادة (١/٧٩) من اللائحة التنفيذية للنظام نفسه .

(٣) الطلبات العارضة : " هي الطلبات التي تطرأ للمُدَّعِي أو المُدَّعى عليه بعد قيام الدعوى والسير فيها ـ مما لم يرد في الطلبات التي افتتحت بها الدعوى أو صحيفتها ـ وقبل قفل باب المرافعة من زيادة في الطلب أو نقص أو تغيير سببٍ أو إضافته أو دخول طرفٍ في الخصومة ونحو هذه من الطلبات " . انظر :
آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ١ ، ص ٤٠٠.

(٤) المادة (٧٥) والمادة (٧٦) والمادة (٧٧) من النظام نفسه . ولمن يريد الاستزادة حول الإدخال أو التدخل ، يمكن له الرجوع إلى :
دويدار ، طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ٤٨٠.

هذه الطلبات جميعها تتعلق بفكرة القبول وعدم القبول كما نص عليها النظام في مواده (٧٥، ٧٦، ٧٧،) .

والحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي يتفق مع الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول أنهما لا يعدان حكماً فاصلاً في الموضوع . والدليل على ذلك: لو قدم المدعى عليه دفعه ببطلان صحيفة الدعوى في وقت إبدائه، وصدر حكمٌ من القاضي ببطلان هذه الصحيفة، فإن هذا الحكم لا يعد فاصلاً للموضوع ؛ لأن من حق المدعي رفع دعواه للمطالبة بحقه بعد تصحيح ما شاب صحيفة الدعوى من عيب .

وهذا أيضاً يسري على الحكم الصادر بعدم القبول، فإنه لا يعد حكماً فاصلاً في الموضوع ، مثل : أن يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى لتخلف أحد شروطها ، كأن يقيمها فاقد الأهلية، فهذا الحكم لا يمنع من رفعها مرة أخرى متى تم تصحيحها كأن يقيمها مثلاً وليه .

أمَّا الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يعتبر حكماً فاصلاً في الموضوع.

والسؤال الذي يمكن طرحه هل عرف النظام فكرة الجزاء الإجرائي ؟ وهل يعتبر الدفع بعدم القبول أحد أنواعها ؟

ثم ماهي علاقة الدفع بعدم القبول ببعض الأنظمة الأخرى الموجودة في فقه المرافعات الشرعية ؟

كل هذه التساؤلات دفعت الباحث لتناولها ضمن التقسيم الآتي :

الفرع الأول : الدفع بعدم القبول وفكرة الجزاء الإجرائي في النظام

الفرع الثاني : علاقة الدفع بعدم القبول بسقوط الحق الإجرائي في النظام

الفرع الثالث : علاقة الدفع بعدم القبول بالتقادم في النظام

الفرع الرابع : علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الحكم القضائي في النظام

الفرع الأول : الدفع بعدم القبول وفكرة الجزاء الإجرائي في النظام

تقوم فكرة الجزاء الإجرائي على أن المنظم عندما يحدد إجراءات معينة في مجال المرافعة ؛ للقيام بها من قبل أطرافها، فإنه لا يفوته وضع جزاءات معيَّنة على مخالفة هذه الإجراءات بغرض احترامها [١] .

فالجزاء الإجرائي إذن هو : الأثر المتولد نتيجة عدم تطابق العمل الإجرائي الذي يقوم به الخصوم مع نموذجه المرسوم في النظام [٢] .

وتوجد العديد من الجزاءات الإجرائية التي أوردها نظام المرافعات الشرعية، ومن أهمها : عدم الاختصاص ، والبطلان ، وشطب الدعوى، وسقوط الخصومة وانقطاعها وتركها .

ولمعرفة علاقة هذا الدفع بفكرة الجزاء الإجرائي؛ فإن المنظم نص في مادته الرابعة بأن : " لا يقبل أي طلب أو دفع لاتكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة ..." . فهذا النص يشير بوضوح إلى أن تخلف شرط المصلحة أو أحد أوصافها يؤدي إلى عدم قبول أي طلب أو دفع .

وعدم القبول جزاء رتبه المنظم على هذه المخالفة، ويعني امتناع المحكمة عن نظر الدعوى ؛ كونها لا تقبل بهذه الطريقة المخالفة لما اشترطه النظام من شروط لقبول الدعوى [٣] .

وهذا يسري على المادة (٧٢) من النظام ، والتي أشارت إلى أن اختلال أي شرط من شروط الدعوى سواء أكانت شروطاً إيجابية، وهي: الأهلية والصفة والمصلحة، أو تحقق أحد الشروط السلبية، مثل : سبق الفصل في الدعوى ، أو تحقيق ما يقضي على حق الدعوى ، كالتنازل عنها أو الاتفاق بين أطرافها على التحكيم وغير ذلك[٤] ، فإن الجزاء هو : امتناع المحكمة عن نظر الدعوى حيث توصف الدعوى بأنها غير مقبولة.

الخلاصة :

يعتبر الدفع بعدم القبول أحد الجزاءات الإجرائية المقررة في نظام المرافعات الشرعية السعودي .

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٥٣.
(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة ، ص ٤٠١.
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ١٦.
(٤) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٤٨.

الفرع الثاني : علاقة الدفع بعدم القبول بسقوط الحق الإجرائي في النظام

تقوم فكرة السقوط على ضياع الحق الإجرائي؛ بسبب عدم مباشرته في الوقت المحدد نظاماً، أو لعدم اتخاذه وفق الترتيب، أو المناسبة التي حددها النظام [١] .

ولم يضع نظام المرافعات الشرعية السعودي نصاً عاماً يتناول أحكام السقوط ، إلا أنه اعتبر السقوط أحد أنواع الجزاءات الإجرائية التي يتم إيقاعها على عدم احترام المواعيد أو المناسبة المطلوب فيها ممارسة الحقوق الإجرائية ، وذلك حسب ما أشارت له بعض نصوصه مثل :(المادة ٧١ من النظام) [٢].

ويسقط الحق الإجرائي في إحدى ثلاث صور :

١ـ إذا تولد للشخص عدة حقوق ، وتطلب المنظم مباشرتها وفق ترتيب معين [٣]. ويرتب المنظم جزاء لسقوط هذا الحق الإجرائي لمخالفته الترتيب المطلوب . فالمادة الحادية والسبعون من النظام أشارت لبعض أنواع الدفوع الشكلية الغير متعلقة بالنظام العام، وهي : الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص المحلي أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها ؛ يجب إبداء هذه الحقوق الإجرائية قبل أي طلب أو دفاع ، وإلا كان الجزاء على مخالفة هذا الترتيب، هو السقوط بنص المادة حسب ما أورده المنظم .

٢ـ إذا حدد المنظم موعداً للشخص؛ لكي يباشر حقه الإجرائي، ثم أغفل هذا الشخص استخدام حقه في الموعد المحدد له نظاماً، فإن المنظم رتب على مخالفة ذلك جزاء السقوط ، كما هو الحال في سقوط حق الاعتراض بطلب التمييز إن لم يباشره صاحبه خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ استلام صورة الحكم أو العلم به بنص المادتين (١٧٦، ١٧٨) من النظام ، أو سقوط الحق في تقديم طلب التماس إعادة النظر خلال مدة ثلاثين يوماً (مادة ١٩٣) ، تبدأ من اليوم الذي يثبت فيه علم الملتمس تزوير الأوراق أو بالقضاء بأن الشهادة مزورة ،أو ظهرت فيه الأوراق المنصوص عليها في الفقرة(ب) من المادة(١٩٢) من النظام أو ظهر فيه الغش،أومن وقت إبلاغ

---

(١) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٨٧١.

(٢) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع في نظام المرافعات ، ص ١٢٩.

(٣) دويدار ، طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ١٨٠.

الحكم للحالات (د، هـ ، و، ز،) من المادة السابقة [١] .

٣ـ إذا اشترط المنظم مباشرة الحق الإجرائي في مناسبة معينة، ثم فوت الخصم هذه المناسبة دون مباشرته ؛ أدى ذلك لسقوط حقه الإجرائي ، كما هو الحال في سقوط الحق بطلب التدخل بعد قفل باب المرافعة (مادة ٧٧) من النظام . وكذا في الطلبات العارضة إذا لم تقدم قبل قفل باب المرافعة ؛ فإنها تؤدي لسقوط حق الشخص الإجرائي فيما لو قدمها بعد قفل باب المرافعة (مادة ٧٨) من النظام [٢].

والتمسك بسقوط الحق الإجرائي يثار في صورة دفع بعدم القبول[٣] .

ويصح إبداء هذا الدفع في أي حال تكون عليها الدعوى (مادة ٧٢) وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها ؛ لتعلقه بالنظام العام .

وتقف مواعيد السقوط عند انقطاع الخصومة بوفاة أحد الخصوم ، أو بفقده أهلية الخصومة، أو بزوال صفة النيابة عمن كان يباشر الخصومة عنه (مادة ٨٤) من النظام ، وفيما عدا هذه الحالة فإن مواعيد السقوط لا تقف إلا إذا تحققت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ [٤] .

وثمة تفرقة بين البطلان والسقوط [٥] ، باعتبارهما من الجزاءات الإجرائية وفق ما يلي :

١ـ السقوط تكييف يرد على الحق الإجرائي، أما البطلان فهو تكييف يرد على العمل القانوني ولا يوصف به الحق . ولذا يُمكن الكلام عن سقوط الحق الإجرائي في الاستئناف، ولا يُمكن وصف هذا الحق بالبطلان . وعلى العكس يُمكن القول إن صحيفة الاستئناف باطلة، ولكن لا يصح وصفها بالسقوط [٦].

٢ـ يجوز تصحيح الإجراءات في البطلان .أمَّا السقوط فيمنع من قيام الإجراءات مرة أخرى وتجديدها [٧].

٣ـ التمسك بالبطلان يكون عن طريق الدفع الشكلي .أمَّا السقوط فيتم التمسك به عن طريق الدفع بعدم القبول [٨] .

---

(١) دويدار ، طلعت محمد وآخر : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية ، ص ٣٥٨.

(٢) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع في نظام المرافعات ، ص ١٢٨.

(٣) سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، جـ ١ ، ص ٧٦٩.

(٤) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع في نظام المرافعات ، ص ١٢٩وما بعدها .

(٥) العبد اللطيف ، عبد العزيز محمد : أحكام البطلان في نظام المرافعات الشرعية السعودي، ص ٧٦.

(٦) والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص ٢٣.

(٧) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٧٧.

(٨) المرجع السابق ، ص ٨٧٨.

الفرع الثالث : علاقة الدفع بعدم القبول بالتقادم في النظام

لم يرد في نظام المرافعات الشرعية السعودي نصاً يحدد فيه عدم سماع الدعوى لمضي مدة من الزمن وهو ما يعرف بالتقادم، رغم أن نظام المرافعات الشرعية القديم الصادر عام ١٣٥٥هـ نص في مادته(٢٦) على أنه : لا تسمع الدعوى مطلقاً إذا مضى عليها خمسة وعشرون عاماً، وهي مسكوت عنها بدون عذر شرعي .

وعند صدور نظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية عام ١٣٧٢هـ الذي حل بديلاً عن نظام المرافعات القديم ، بموجب التصديق العالي رقم (١٠٩) في ١٣٧٢/١/٢٤هـ ، أسقط نص المادة سالفة الذكر ، فلم يوضع بديلاً لمعالجة هذه المشكلة [١].

ومما يؤيد أنها مشكلة قائمة تسبب إشكالات للمحاكم والقضاة ؛ أنها أدرجت ضمن ما ناقشه مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة في دورته (١٤) المنعقدة في شهر شوال عام ١٣٩٩هـ . وبعد دراسة المجلس لهذا الموضوع والاطلاع على البحث الذي أعد عنه ؛ واستعراض وجهات النظر الفقهية في الموضوع ؛ توصل المجلس إلى أن يترك الأمر لاجتهاد القاضي حسب اختلاف الظروف وملابسات القضية المنظورة . على أن المعني في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى،هو مرور الزمن الواقع بلا عذر فقط .أمَّا مرور الزمن الواقع بعذر شرعي من صغر وجنون وعته، أو غيبة المدعي، أو كون المدعى عليه من المتغلبة، فهذه المدة غير معتبرة . لكن إذا زال العذر بدأت المدة . ولا اعتبار لمرور الزمن في دعاوى المحالِّ التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام ونحوه [٢].

وقد صدرت الموافقة السامية على هذا القرار، وأبلغت به وزارة العدل، والتي بدورها عممته على المحاكم للتمشي بموجبه بتاريخ ١٤٠٠/٣/٤هـ [٣].

إن إسناد الأمر كله للقاضي دون وضع قاعدة مستقرة يسير القضاة على مقتضاها ، ربما يؤدي إلى الاختلاف والتضارب في الأحكام ، وكان

---

(١) الحميدان ، حميدان عبد الله : أحكام المرافعات في الفقه الإسلامي وتطبيقها المعاصر في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية ، (الناشر المؤلف نفسه ، الرياض ، السعودية ، د. ط ، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م) ، ص ٤٧٠.

(٢) مختارات من أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ، (دار عالم الكتب ، العليا ،الرياض ،السعودية ، الطبعة الأولى،١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م)، جـ ٢،ص ١٩٧: ٣٢٢.

(٣) الحميدان ، حميدان عبد الله : أحكام المرافعات في الفقه الإسلامي ، ص ٤٧٠.

بالإمكان بدلاً من ذلك تحديد فترة زمنية محددة ، تستقى من آراء الفقهاء الاجتهادية التي تطرقت لهذا الموضوع [1]؛ سيما وأن عدم سماع الدعوى لمضي زمن طويل عليها عرفها الفقهاء وأخذوا بها . وعلة ذلك منع التزوير والحيل ؛ لأن ترك الدعوى زماناً مع عدم التمكن من قيامها يدل على عدم الحق ظاهراً [2].

وعدم سماع الدعوى للتقادم هو في حقيقته ليس إلا نوعاً من أنواع الدعاوى غير المسموعة والتي منها أيضاً عدم سماع الدعوى على الأجهزة الحكومية إذا كانت مدعى عليها ــ مع التقيد بأحكام الاختصاص المقررة لديوان المظالم ــ إلا بإذن من المقام السامي بسماعها . ولو رفض المقام السامي هذا الطلب، يتصدى القاضي لإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه؛ لتعلقه بالنظام العام . وهو مخول بهذا الدفع في أي مرحلة تكون عليها الدعوى [3].

وسبق أن أصدر المنظم عدة أنظمة يمنع بها سماع بعض الدعاوى؛ إمَّا تحقيقاً لمصلحة عامة ، أو لوضع حد لإهمال أصحاب الحقوق محافظة على استقرار الأوضاع [4] . ومن ذلك :

١ـ المرسوم الملكي رقم (١٢) في ١٣٥٢/١/١٧هـ والذي يمنع بمقتضاه المحاكم الشرعية من النظر في جميع الإعلانات بالحجج الشرعية ووضع اليد السابق عن عام ١٣٤٣هـ باستثناء قضايا الوراثة وحقوق القصر ودعوى الديون ، ثم صدر مرسوم ملكي رقم (٢/٤/٦٧) في ١٣٥٤/٥/٩هـ مستثنياً من ذلك دعاوى الوقف بشروط معينة ؛ منها ألا يكون قد مضى عليها خمسة وعشرون سنة منذ وضع اليد بلا عذر، والأعذار الشرعية هي : الغيبة والصغر والجنون والعته وما في معنى ذلك ، وأن يكون مع المدعي حجة شرعية .

٢ـ أمر وزير الداخلية رقم (١٠٣٢) في ١٣٥٢/٨/١٢هـ والقاضي بعدم سماع أية دعوى تقام من أحد الأفراد على أي أمير من أفراد أمراء الملحقات المفصولين من وظائفهم حتى يحال إلى المحاكم من المقامات العالية .

٣ـ التعميم الوزاري رقم ٣/٣١٤٩ في ١٣٨٢/١٠/١٦هـ حول مواريث

---

(١) الحميدان ، حميدان عبد الله : أحكام المرافعات في الفقه الإسلامي ، ص ٤٧١ .
(٢) باز ، سليم رستم : شرح مجلة الأحكام العدلية ، ص ٩٨٣.
(٣) انظر المادة (١،٢/٣٥، ٣) والمادة (٧٢) من النظام .
(٤) عياد ، عبد الرحمن : أصول علم القضاء ، (معهد الإدارة العامة ، الرياض ، السعودية ، د. ط ، ١٤٠١هـ) ، ص١٥٦ وما بعدها .

النساء وسكوتهن عن المطالبة بها ثم مطالبتهن أخيراً ، والمتضمن عدم سماع دعوى المطالبين بأنصبائهم من مورثيهم وارثين بصفة غير مباشرة وهم وارثوا الوارثات كالأبناء والأزواج والإخوان والآباء ونحوهم ، حيث إن الوارثات مباشرة هلكن ولم يُطالبن بنصيبهن في الميراث وهن صاحبات الحق فلربما أن تكون الوارثة المتوفاة قد سمحت بنصيبها في ميراثها لعصبتها ونحوهم [١].

٤ــ التعميم الوزاري رقم ٣/٢٣٩٢/م في ١٣٨٧/١١/١هــ المتضمن ملاحظة الجهة القضائية المسئولة أو بعض القضاة لاسيما في المنطقة الغربية ينظرون في دعاوى قديمة سابقة لعام ١٣٤٣هـ وتأكيداً لما صدر بهذا الخصوص وبناء على أمر جلالة الملك الصادر رقم ١٨٥٦٦في ١٣٨٧/٩/٩هـ القاضي بعدم سماع مثل هذه الدعاوى [٢].

والدفع بعدم سماع الدعوى نصت عليه المادة(٧٢)من نظام المرافعات، وهو ليس إلا من قبيل دفوع عدم القبول ، فهو ليس نوعاً رابعاً للدفوع؛ وإنما يعزى ذكره بجانب الدفع بعدم القبول في تلك المادة؛ لأهميته حيث يتعلق بمصلحة يراها ولي الأمر ، فيصدر بعض الأنظمة التي تمنع سماع الدعوى . وهو يتوجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى وإلى سلطة المحكمة في نظرها [٣] .

الخلاصة :

لا وجود للتقادم في نظام المرافعات الشرعية السعودي، وإنما يقتصر وجوده في التعاميم التي ترد إلى القضاة من الجهات المختصة، وهو يعد من قبيل عدم السماع . ويتم التمسك بإثارة هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى عن طريق عدم السماع أي عدم القبول لتعلقه بالنظام العام.

(١) التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل ، المجلد الثالث ، ٢٤٥ وما بعدها .
(٢) المرجع السابق ، المجلد الثالث ، ص ٢٤٦.
(٣) دويدار ، طلعت وآخر : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية ، ص٣٦٤.

الفرع الرابع : علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الحكم القضائي في النظام

يجب على القاضي ـ إذا نطق بالحكم في قضية معينة ـ إفهام الخصوم أن الحكم واجب التمييز ، وأن المحكمة سترفع القضية لمحكمة التمييز ، وأن من حقهم الاعتراض عليه في ميعاد مدته ثلاثون يوماً؛ يبدأ سريانه من تسليم إعلام الحكم للمحكوم عليه وأخذ توقيعه في دفتر الضبط ، أو من التاريخ المحدد لتسلمه إذا لم يحضر . ويبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم الغيابي من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله .هذا الأمر يسري على جميع الأحكام في كافة القضايا ما عدا الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها مجلس القضاء الأعلى بقرار يصدر من هيئته العامة بناءاً على اقتراح من وزير العدل [١] .

والحكم النهائي هو : الحكم الذي لا يقبل الاعتراض عليه من التمييز ، أو تم التصديق عليه من محكمة التمييز، أو فات ميعاد الاعتراض عليه ، أو الذي قنع به المحكوم عليه، أو كان صادراً من محكمة التمييز[٢]؛ فهو حكم فاصل وقاطع في موضوع النزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه[٣] ، ولا يجوز الاعتراض عليه إلا بطريق التماس إعادة النظر[٤] .

ويترتب على صدور الحكم النهائي واكتسابه القطعية أنه يحوز على حجية قوة الشيء المحكوم به . ويترتب على هذه القوة آثار متعددة ؛ تظهر في جواز الشروع في تنفيذ مثل هذا الحكم جبراً إذا كان صادراً بالإلزام[٥]. ومن هذه الآثار أيضاً: أن للحكم الصادر في الموضوع قوة معينة ؛ تؤدي إلى وجوب احترامه من كافة المحاكم ، بحيث لا يجوز إعادة نظر ذات النزاع الذي صدر فيه الحكم مرة ثانية في نفس الموضوع ولذات السبب

---

(١) انظر المواد : (١٦٥، ١٧٨، ١٧٩) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .
وسبق التنويه عن الدعاوي اليسيرة التي لم يصدر بها بيان ص (١٣٧) فيرجع إليه .

(٢) انظر: المادة (١٩٢) من نفس النظام .
مع العلم أن المحكوم عليه لو قنع بالحكم يجب تمييزه في حالات حددها النظام وهي :
١ـ إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف أو وصياً أو والياً .
٢ـ إذا كان المحكوم عليه مأمور بيت المال .
٣ـ إذا كان المحكوم عليه ممثلاً لجهة حكومية ونحوها. انظر: المادة (١٧٩)من نفس النظام.

(٣) عمر ، نبيل إسماعيل: الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية،(دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، ٢٠٠١م) ، ص ٤٨.

(٤) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ٢ ، ص ٢٦٣ .

(٥) انظر : المادة (١٩٧) والمادة (١٩٨) من نفس النظام .

والأشخاص ، فينقضي حق الشخص في الدعوى ، وتنشئ هذه الحجية دفعاً بعدم القبول لسبق الفصل في الموضوع (١) .

هذه الحجية فرضت على القضاء تحقيقاً لفاعلية أحكامه في تأكيد الحماية القضائية واستقرار أحكامه، وتعمل على استقرار الحقوق والمراكز النظامية التي أكدتها أحكام القضاء (٢) .

وقد غفل نظام المرافعات الشرعية السعودي عن شمول هذه الحجية بنص ضمن مواده ، رغم أن نظام الإجراءات الجزائية السعودي المتعلق بالدعوى الجزائية لم يغفلها ، حيث ذكر في مادته (١٨٧) أنه : " متى صدر حكم في موضوع الدعوى الجزائية بالإدانة ، أو عدم الإدانة بالنسبة إلى متهم معين فإنه لا يجوز بعد ذلك أن ترفع دعوى جزائية أخرى ضد هذا المتهم عن الأفعال والوقائع نفسها التي صدر بشأنها الحكم .

وإذا رفعت دعوى جزائية أخرى فيتمسك بالحكم السابق في أي حالة تكون عليها الدعوى الأخيرة ، ولو أمام محكمة التمييز . ويجب على المحكمة أن تراعي ذلك ولو لم يتمسك به الخصوم . ويثبت الحكم السابق بتقديم صورة رسمية منه ، أو شهادة من المحكمة بصدده " (٣) .

ولعل السبب يمكن أن يعزى إلى أن النظام اكتفى بالنص بعجز المادة (٧٢) " أو لأي سبب آخر " ، تاركاً ذلك لاجتهاد الباحثين في مجال فقه المرافعات استنباط هذه الحجية من هذا الإطلاق ؛ ولكي يشمل صوراً أخرى من قبيل دفوع عدم القبول لا يمكن حصرها (٤) .

وقد وضع المنظم أحكاماً تتعلق بحجية الشيء المقضي فيه، بسبب كثرت القضايا الباطلة والكيّدية(٥) ، والتي كان لها شأن في إشغال المحاكم

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية ، ص ٤٦١وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤٦٢.

(٣) انظر : المادة (١٨٧) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي .

(٤) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية ، ص١٢٧.
آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية ، جـ ١ ، ص ٣٦٣.

(٥) الدعوى الكيّدية : " هي دعوى يقيمها المدعي من غير حق ، بل يطالب بأمر لاحق فيه . ولا تتحقق كيّدية الدعوى إلا باعتراف المدعي بأن دعواه كيّدية أو بتكرار مطالبته في دعوى منتهية شرعاً " . انظر :
آل خنين،عبد الله محمد: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي،جـ ١،ص٥٣.
أمّا الدعوى الباطلة فقد تكون كيّدية وقد تكون صورية غير حقيقيّة مبنية على الحيلة .
والدعوى الصورية هي : " ما كان ظاهره الخصومة القضائية ، وحقيقته الحيلة ؛ للتوصل بإقامة الدعوى إلى أمر غير مشروع " . انظر :
آل خنين،عبد الله محمد: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ١، ص ٥٣ .

عن القيام بواجباتها مما تطلب معه عدم الإكتفاء بعدم قبول الدعوى المنتهية بحكم شرعي ؛ وإنما للحد من آثارها اعتبرها المنظم من ضمن القضايا الباطلة والكيّدية، فصدر قرار من مجلس الوزراء بتاريخ ١٤٠٦/٤/٢٥هـ بالموافقة على الحد من آثار الشكاوي الكيّدية والدعاوى الباطلة فنص في مادته الثانية على أنه : " من قدم شكوى في قضية منتهية بحكم ، أو قرار يعلمه وأخفاه في شكواه فتجوز إحالته إلى المحكمة المختصة لتقرير تعزيره " . كما نص في مادته الثالثة على أنه : " من اعترض على حكم أو قرار نهائي مكتسب القطعية بقناعة أو تدقيق من جهات الاختصاص ، وثبت لدى المحكمة أنه لم يقدم وقائع جديدة تستوجب إعادة النظر في الحكم أو القرار ، فيؤخذ عليه التعهد في المرة الأولى بعدم الاعتراض على الحكم أو القرار ، وإذا تكرر ذلك منه يحال للمحكمة المختصة للنظر في تعزيره " [١].

ونظام المرافعات الشرعية السعودي بعد صدوره وصدور لائحته التنفيذية يعتبر ناسخاً لعجز المادة الثالثة سالفة الذكر التي قررت أخذ التعهد في المرة الأولى ، وذلك بحسب المادة الرابعة من النظام ؛ والتي نصت في عجزها على أنه :"...إذا ظهر للقاضي أن الدعوى صورية كان عليه رفضها، وله الحكم على المدعي بنكال " . وأوضحت الفقرة ٧/٤ من اللائحة التنفيذية أنه : " يكون الحكم برد الدعوى والتعزير في القضايا الكيّدية والصورية في ضبط القضية نفسها ، ويخضع لتعليمات التمييز " . ونصت الفقرة ٨/٤ من اللائحة التنفيذية على أنه : " يقرر التعزير في القضايا الكيّدية ، والصورية حاكم القضية ، أو خلفه بعد الحكم برد الدعوى واكتسابه القطعية " .

ومن ثم لا يُؤخذ التعهد على المدعي في المرة الأولى وإنما يحكم القاضي برد دعواه ويخضع الحكم لتعليمات التمييز ، وبعد اكتسابه القطعية ينظر القاضي في تعزيره .

وأرى أن هذا التنظيم لا يستهدف الحد من الشكاوي الكيّدية والباطلة فقط ؛ وإنما يُضفي على حجية الحكم قوة إضافية إلى قوتها ويلبسها إطار الهيبة من أجل عدم المساس بها وعدم الإكتفاء بالحكم بعدم القبول لسبق الفصل . فالشخص عندما يُدرك أن ثمة عقوبة ستواجهه إذا حاول المساس بهذه الحجية دون وجه حق ؛ فإنه بلا شك لن يُقدم على تكرار دعواه في موضوع منتهي بحكم شرعي مكتسب القطعية .

---

(١) الشايقي،سليمان عبد اللطيف: الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية (الرياض، السعودية الطبعة الثالثة ، ١٤٢٢هـ ـ أواخر ٢٠٠١م) ، جـ ٢/ أ ، ص ١٥٩.

الخلاصة :

الدفع بحجية الحكم القضائي أو سبق الفصل في الموضوع ليس إلا نوعاً من دفوع عدم القبول ، حيث يتم التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى ؛ لتعلق الحجية بالنظام العام الإجرائي ، ولأنها تؤدي إلى انقضاء حق الشخص في استعمال دعواه ، وبالتالي تمنعه أيضاً من معاودة استعمال حقه في الدعوى لانقضائه .

المطلب الثالث

الدفع بعدم القبول كدفع مستقل في القانون

تمهيد وتقسيم :

الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحماية القضائية بقصد إنكارها على مدعيها بما يضمن عدم قبول طلبه ، فهو يتوجه إلى شرط المصلحة في هذه الحماية أو أي صفة من أوصافها ، فهو إذن لا يتوجه إلى إجراءات الخصومة وبالتالي ليس دفعاً شكلياً ، كما أنه لا يتوجه إلى ذات الحق المدعى فيه وبالتالي فهو ليس دفعاً موضوعياً ، ومن ثم فهو دفع مستقل عن بقية الدفوع [١] .

وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري حدد لحظة التمسك بهذا الدفع ، فنص على أن : " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أي حالة تكون عليها ..." [٢] .

والقانون حينما أجاز التمسك بهذا الدفع في أي حال تكون عليها الدعوى ، فإنه جعل هناك تماثلاً بين طائفة الدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية ، بحيث تجوز إثارتهما في أي حال تكون عليها الدعوى[٣]، إلا أن الدفع بعدم القبول لا يتوجه إلى لذات الادعاء بقصد تحطيمه ؛ وإنما يتوجه بطريقة مسبقة إلى الحماية القضائية التي يطلبها مدعيها ؛ فيهدف إلى إنكار حق المدعي في هذه الحماية [٤].

وتحديد لحظة إبداء الدفع بعدم القبول تشكل ميزة تميزه تماماً عن الدفوع الشكلية ؛ بل قدم القانون إبدائها قبل إبداء الدفع بعدم القبول[٥] .

والواقع أنه لا يوجد ما يمنع من إثارة الدفع بعدم القبول في أي حال تكون عليها الدعوى ؛ ولو بعد الكلام في الموضوع ؛ ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف من دون أن يعتبر الدفع بعدم القبول دفعاً موضوعياً؛لأن لحظة التمسك بهذا الدفع ليست هي التي تحدد طبيعته ؛ وإنما الذي يحدد طبيعته، هي عناصره المكونة له ووظيفته داخل النظام القانوني الذي يعمل بداخله . بل إن المنطق نفسه قد يدفع المقنن أحياناً في الفرض النظري إلى

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٣٢وما بعدها .
(٢) انظر : المادة (١١٥) من قانون المرافعات .
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص١٣٦.
(٤) المرجع السابق ، ص ١٣٧.
(٥) انظر المادة (١٠٨) من نفس القانون .

اشتراط تقديم بعض الدفوع الموضوعية قبل الكلام في الموضوع ؛ أو في بداية الكلام في الموضوع ، وإلا سقط الحق فيها دون أن يغير الموقف من جانب المقنن من طبيعة هذه الدفوع الموضوعية [١] .

بل إن هناك من الدفوع الإجرائية (الشكلية) ما يجوز التمسك بها ولو لأول مرة أمام محكمة النقض من دون أن يغير الموقف من طبيعتها ، مثل: الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام [٢] .

وأمَّا من حيث الفصل في الدفع بعدم القبول هل يعتبر فصلاً في الموضوع أم لا ؟

فالحكم الصادر في الدفع الشكلي لا يتضمن بأي حال فصلاً في الموضوع بإجماع الفقه والقضاء ، كما أن الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يتضمن فصلاً في الموضوع أيضاً بإجماع الفقه والقضاء[٣]. أمَّا الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول أثار جدلاً حول أن الفصل فيه هل يتضمن فصلاً في الموضوع أم لا ؟

وسبب هذا الاختلاف يرجع إلى أن القاضي وهو يفصل في هذا الدفع يتعرض حتماً لأصل الحق وموضوع النزاع ، ومع ذلك فهو لا يحسم النزاع بحكم يصدر في الموضوع ، وإنما يتناول الموضوع بقدر ما يفصل في هذا الدفع ، فهو في ذلك يشبه قاضي الأمور المستعجلة حين يتحسس الموضوع لتحديد اختصاصه ، كما يشبه أيَّ قاضٍ يتطرق للموضوع لمعرفة ما إذا كان النزاع يدخل في اختصاصه أم لا [٤] .

ويثور تساؤل عمَّا إذا كان الدفع بعدم القبول يعتبر نوعاً من أنواع الجزاء التي يعرفها قانون المرافعات أم لا . ومن ثم تحديد علاقته بأنواع الجزاءات الأخرى الموجودة في قانون المرافعات وتمييزه عنها من أجل تحديد أقصى مدى لنظامه القانوني[٥].

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٣٧.
(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١٧١.
(٣) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢١.
أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١٧.
جميعي ، عبد الباسط ، مبادئ المرافعات ، ص ٣٥١.
العشماوي ، محمد وعبد الوهاب : قواعد المرافعات ، ص ٢١٨.
مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٥٦٩.
والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٤٩٢.
مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ٢ ، ص ٨٧٨.
الدناصوري ، عز الدين وحامد عكاز : التعليق على قانون المرافعات ، ص ١٠٢٣.
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٣٨.
(٥) المرجع السابق ، ص ١٤١ ،١٤٧.

وهذا ما دفع الباحث لاستعراض ذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول : الدفع بعدم القبول كنوع من أنواع الجزاءات التي يعرفها قانون المرافعات .

الفرع الثاني : علاقة الدفع بعدم القبول بنظام السقوط .

الفرع الثالث : علاقة الدفع بعدم القبول بنظام التقادم .

الفرع الرابع : علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الشيء المقضي فيه.

الفرع الأول : الدفع بعدم القبول كنوع من أنواع الجزاءات التي يعرفها قانون المرافعات

تعتبر القاعدة القانونية أياً كانت بجانب كونها عامة مجردة ملزمة ، أي واجبة الاحترام من جانب المخاطبين بها ، ومن ثم لا يجوز مخالفتها أو التحلل من حكمها ، فهي ليست نصيحة أو توصية ، وإنما تكليف يتعين طاعته. فتنفيذ القانون وإعمال قواعده فعلياً يعد ضرورة اجتماعية تماماً، كضرورة وجود القانون ذاته (١) .

والأصل أن يتم تنفيذ القانون تلقائياً من خلال النشاط اليومي لأفراد المجتمع وسلوكهم المعتاد ، بحيث يطبق الأفراد القانون في حياتهم المعتادة، إمَّا اقتناعاً منهم بأهميته واحترامه ، وإمَّا خوفاً من توقيع الجزاء عليهم الذي تضمنه قواعد القانون . فالجزاء القانوني توأم القاعدة القانونية؛ وصفة الإلزام فيها تعد من صفاتها الأساسية (٢) .

والجزاء القانوني بشكل عام هو: " عبارة عن أثر يرتبه القانون على مخالفة قواعده ، وذلك بغرض ضمان احترامها " (٣) .

ويتنوع هذا الجزاء بتنوع القاعدة القانونية ذاتها فيكون جنائياً إذا كانت القاعدة جنائية ، ويكون مدنياً بالنسبة للقاعدة المدنية ، ويكون إدارياً أو تأديبياً بالنسبة للقاعدة الإدارية، ويكون إجرائياً إذا كانت القاعدة القانونية قاعدة إجرائية . فالجزاء الإجرائي يعد نوعاً من أنواع الجزاءات القانونية التي تترتب على مخالفة قاعدة من قواعد قانون المرافعات (٤). وهذا الأخير هو ما يهمنا في هذا البحث .

ويمكن تعريف الجزاء الإجرائي بأنه : " عبارة عن أثر إجرائي يرتبه قانون المرافعات في مواجهة الخصم المسئول عن مخالفة قواعده " (٥).

وهو كأثر إجرائي إمَّا أن يتعلق بالخصومة أي الإجراءات القضائية كوحدة ، مثل : شطب الدعوى ، واعتبارها كأن لم تكن ، ووقف الخصومة

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل وآخرون : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٦٥٧.
(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٤١.
رمضان ، أيمن أحمد : الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، ص ٧.
عمر ، نبيل إسماعيل : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، (دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية مصر ، د. ط ، ٢٠٠٢) ، ص ٧.
(٣) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٥٣.
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل وآخرون : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٦٥٧.
(٥) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٥٣.

وسقوطها . وإمَّا أن يتعلق بالإجراء القضائي باعتباره عملاً مستقلاً ، مثل: بطلان الإجراء ، وسقوط الحق في اتخاذه (١) .

والجزاء الإجرائي باعتباره أثر إجرائي ؛ يعني عدم صلاحية العمل الإجرائي لتوليد الآثار التي يمكن توليدها لو كان خالياً من العيوب . أمَّا الوصف الذي يلحق بالعمل المعيب ، فهو تكييف قانوني لهذا العمل . فمثلاً نقول هذا العمل باطل ، غير مقبول ،لاوجه لإقامته ، حق أصابه سقوط ، خصومة سقطت ، تقادمت ، محكمة غير مختصة . هذه الأوصاف عبارة عن تكييفات قانونية ينتج عنها بشكل مباشر أثر إجرائي، وهو عدم إنتاج العمل الإجرائي للآثار التي يمكن له توليدها لو كان متخذاً بالشكل الصحيح الذي حدده القانون(٢) .

والقاضي يقوم بوصف العمل الإجرائي عن طريق المقارنة بين العمل المتخذ من الخصوم ، وبين نموذجه الموجود في القاعدة الإجرائية ، وهي قاعدة عامة مجردة يتم تشخيصها باتخاذ العمل الإجرائي . ونتيجة هذه المقارنة إمَّا أن تكون إيجابية إذا كان العمل صحيحاً ، أو سلبية إذا كان مخالفاً لنموذجه . وفي هذه الحالة الأخيرة يعطيه القاضي الوصف المنصوص عليه في القانون ويرتب عليه آثاره السلبية (٣) .

وتنحصر الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات في أمرين :

١- عدم إنتاج الإجراء لآثاره التي كان ينتجها لو كان صحيحاً.

٢- الجزاء المالي المتمثل في غرامة أو مصادرة أو كفالة .

أمَّا ما جرى عليه الفقه من القول كأمثلة للجزاء الإجرائي من بطلان وعدم قبول وغيره ، فهي أوصاف أو تكييفات قانونية لأعمال إجرائية معيبة . وعليه فكل من الآتي يعتبر تكييفاً قانونياً ، أمَّا الجزاء فهو نتيجة الوصف القانوني :

١- عدم الاختصاص ، والجزاء عدم قيام المحكمة بنظر الدعوى .

٢- عدم القبول، وامتناع المحكمة عن قبول الدعوى هو الجزاء .

٣- بطلان العمل الإجرائي، والجزاء هو عدم إنتاجيته لآثاره التي كان من الممكن أن ينتجها لو كان صحيحاً .

٤- سقوط الحق الإجرائي هو: وصف قانوني للحق الإجرائي الذي لم تتم ممارسته في الميعاد المحدد له، والجزاء عدم عودة هذا الحق إلى الحياة

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٥٣.

(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٥ وما بعدها.

(٣) المرجع السابق ، ص ١٦.

مرة ثانية [1].

وبناء على هذه المقدمات ؛ يهم الباحث الآن : معرفة ما إذا كان الدفع بعدم القبول يشكل أحد الجزاءات القانونية أم لا .

سبق القول إن الدفع بعدم القبول يتوجه أساساً إلى الحماية القضائية التي يطلبها المدعي بهدف إنكار حقه في طلبها ، فإذا أجابت المحكمة أن الطلب غير مقبول ، فهذا يعني امتناع المحكمة من قبول الدعوى .هذا الامتناع هو جزاء في حد ذاته ؛ لأن فكرة القبول تواجه في المقام الأول: أحقية أو عدم أحقية المدعي في طلب الحماية القضائية ؛ وعدم القبول في حالة نجاحه يؤدي إلى إمتناع المحكمة عن النظر في ادعاء المدعي [2] .

وهناك جزاء آخر يوجه إلى الطلب القضائي وهو البطلان الذي يتم التمسك به عن طريق الدفع الشكلي .

وللتمييز بين البطلان والدفع بعدم القبول :

جزاء البطلان يواجه مسألة صحة الطلب القضائي ، أمَّا عدم القبول يواجه مسألة توافر أو عدم توافر الشروط اللازمة لقبول الطلب القضائي؛ بهدف النظر فيما بعد في مسألة منح الحماية القضائية للمدعي . وعليه فعدم القبول هو : وصف أو تكييف قانوني لطلب مقدم إلى المحكمة، يؤدي إلى امتناعها عن النظر في الادعاء الذي يتضمنه الطلب؛ لتخلف شرط من الشروط اللازمة لقبوله . أمَّا البطلان : فهو تكييف قانوني لعمل إجرائي في الخصومة تم اتخاذه دون أن يكون مطابقاً لنموذجه القانوني بما يؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون إذا كان كاملاً [3].

ونتيجة لذلك فالدفع بعدم القبول يعتبر واحد من الجزاءات التي يعرفها قانون المرافعات . هذا الجزاء يواجه مشكلة قبول أو عدم قبول الطلب القضائي ، وبالتالي يواجه مسألة أحقية المدعي في طلب منحه الحماية القضائية أوعدم أحقيته في الحصول عليها [4]. كما أن عدم القبول ليس جزاء للطلب القضائي وحده ـ سواء أكان دعوى مبتدأة أو طعن ـ إنما الأصل فيه أن يستوعب الطلب والدفع سواء من المدعي أو المدعى عليه . واستقر رأي الفقه الحديث على اعتبار الدفع بعدم القبول نوع من أنواع الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات [5].

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ١٦.

(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٤٣، ١٤٥.

(٣) والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص٨ ، ١٠ وما بعدها .

(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٤٦.
رمضان ، أيمن أحمد : الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، ص ٢٠١.

(٥) حشيش ، أحمد محمد : الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري=

الفرع الثاني : علاقة الدفع بعدم القبول بنظام السقوط في قانون المرافعات

يتمتع الخصم داخل مركزه الإجرائي بالعديد من الحقوق الإجرائية ، كما يقع على عاتقه العديد من الواجبات والأعباء الإجرائية ، ويرتب المقنن جزاءات على عدم احترام الخصم للمواعيد التي يتعين عليه فيها أن يمارس حقوقه الإجرائية أو القيام بواجباته الإجرائية (١) .

والحق الإجرائي يمنح الخصم مكنة القيام بعمل معين ، ويحدد القانون المحل الذي يرد عليه هذا العمل سواء أكان رفع دعوى أو طعن أو التمسك بدفع . كما يحدد القانون مدة معينة يجب ممارسة الحق خلالها ، ويرتب على مخالفة ذلك جزاء إجرائي .هذا الجزاء هو : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء . أمَّا مخالفة الواجبات الإجرائية ؛ فإن المقنن يضع جزاء أخف وطأة من سابقه (٢) .

وبناء لذلك فالسقوط في قانون المرافعات هو : " الجزاء المترتب على عدم مباشرة الإجراء في الوقت المعين في القانون للقيام به " (٣).

وجمهور الفقه متفق (٤) على أنه في الأحوال التي يخول فيها القانون للخصم حقاً إجرائياً محدداً ، ويتوجب عليه أن يقوم بالعمل الذي يعتمد على هذا الحق خلال أجل معين أو بترتيب معين بالنسبة لأعمال وعناصر الخصومة الأخرى ، ولم يلتزم الخصم بالعمل في الأجل المحدد ؛ فإن هذا الحق يسقط ولا يستطيع الخصم القيام بهذا العمل مرة ثانية (٥).

ويسقط الحق الإجرائي في إحدى صور ثلاث :

١ـ إذا كان للشخص حقوق متعددة، وقد وضع القانون لها ترتيباً معيناً عند

= (رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، ١٩٨٦م) ص ٧٢.

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٥٧٩.

(٢) المرجع السابق ، ص ٥٧٩.

(٣) أبو الوفا ، أحمد : المرافعات المدنية والتجارية ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر الطبعة الثالثة عشرة ، ١٩٨٠م) ، ص ٤١٩.

(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات ، (دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، ٢٠٠٤م) ، ص ١٣.

(٥) أبو الوفا ، أحمد : المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٤٩٢.
العشماوي ، محمد وآخر : قواعد المرافعات ، جـ ٢، ص ٣٠٠.
فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٧٢ وما بعدها .
والي ، فتحي : الوسيط في قانون المرافعات ، ص ٤١٩، ٤٢٠.
رمضان ، أيمن أحمد : الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، ص ٢٠٥.

استعمالها فخالف صاحبها هذا الترتيب ، مثل : الدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام ؛ يسقط بالتكلم في الموضوع ، أو بتقديم دفوع شكلية أخرى، وكدعوى الحيازة التي تسقط برفع دعوى المطالبة بالحق .

٢ـ إذا اشترط القانون لصحة الإجراء مباشرته في ميعاد معين ولم يتخذ الإجراء في هذا الميعاد ، كسقوط الحق في الطعن في الحكم بفوات ميعاده، أو كرفع الطعن في الحكم الذي لا يقبل الطعن المباشر قبل صدور الحكم المنهي للخصومة أمام المحكمة (م٢١٢).

٣ـ إذا اشترط القانون مباشرة الإجراء في مناسبة معينة ثم فوت الخصم هذه المناسبة دون مباشرته ، كسقوط الحق في التدخل بعد إقفال باب المرافعة(م١٢٦) ، وسقوط الحق في رفع الاستئناف المقابل يقفل باب المرافعة في الاستئناف الأصلي (م٢٣٧) [١] .

ولم يضع المقنن المصري نصاً عاماً يتناول أحكام السقوط كما فعل بالنسبة للبطلان، ومع ذلك فمن المسلم به وجوب إيقاعه ولو لم ينص عليه القانون ؛لأن سقوط الحق هو الجزاء الطبيعي على تجاوز المواعيد المحددة في قانون المرافعات لمباشرة الإجراءات . وإذا كان الميعاد مما يترك تحديده للقضاء فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالسقوط إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة [٢] .

والبحث في تحديد طبيعة مواعيد السقوط مهم ؛لأنه يساعد في تحديد نظام السقوط ويضبط أحكامه ، كما يسهم في إيجاد التمييز بينها وبين مواعيد المرافعات ومواعيد التقادم ،لأن لكل نوع من هذه المواعيد طبيعة خاصة ونظاماً خاصاً لإثارته وآثاراً محددة تترتب عليه [٣] .

والفقه القانوني منقسم على نفسه إلى آراء متعددة [٤] ، حول طبيعة تلك المواعيد وتمييزها عن بقية المواعيد الأخرى ، مثل : مواعيد المرافعات ومواعيد التقادم ، وذلك بسبب تعدد المواعيد والآجال في قانون المرافعات . وقيام المقنن بتحديد جزاءات مختلفة عند عدم احترام هذه المواعيد والآجال . فأحياناً ينص على جزاء السقوط أو اعتبار الإجراء

---

(١) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٧١.

(٢) سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، جـ ١ ، ص ٧٦٨.

أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٧١.

العشماوي ، محمد وعبد الوهاب : قواعد المرافعات ، جـ ٢، ص ٣٠١.

(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٥١ ، ١٥٢.

(٤) لمعرفة آراء الفقهاء حول ذلك يرجع إلى :

عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ، ص ٨٤ : ١٠٩.

كأن لم يكن أو تقادمه ، فتكون هناك مواعيد مختلفة وجزاءات متنوعة [١]، ومما زاد هذا الغموض، غياب المعيار المميز لمواعيد السقوط [٢].

وللتمييز بين مواعيد السقوط ومواعيد المرافعات فيما يترجح من الأقوال مايلي :

أـ مواعيد المرافعات أو المواعيد الإجرائية :

هي كل الآجال التي يحددها المقنن أو القاضي لاتخاذ إجراء أو القيام بعمل إجرائي . وهذه المدد تستند إمَّا إلى واجب إجرائي ملقى على عاتق الشخص لمصلحة شخص آخر أو للمصلحة العامة . وإمَّا إلى ممارسة واجب وظيفي ملقى على عاتق معاوني القضاء كالكتبة والمحضرين والخبراء . وإمَّا إلى ممارسة سلطة يعترف بها القانون للقاضي أو للخصم. أو قد يستند الميعاد إلى التزام الخصم بالقيام بعبء إجرائي لمصلحته الخاصة أو لمصلحة حسن سير العدالة [٣] .

وتوصف هذه المواعيد بأنها تتخلل الإجراءات [٤]؛لأنها تهدف إلى الربط بين مختلف الإجراءات في وحدة واحدة ؛ لتحقيق الغرض العام من الخصومة المدنية [٥] ، كمواعيد الإعلان لصحف الدعاوي ومواعيد الإجراءات المختلفة .

وتهدف إلى إعطاء الخصم نوع من الهدنة ؛ لإعداد دفاعه،مثل: مواعيد الحضور[٦].

أمَّا الميعاد المحدد لممارسة الحق الإجرائي يعتبر ميعاد سقوط ، ولو لم ينص المقنن على تقرير جزاء السقوط . فإذا وجد حق إجرائي وحدد القانون ميعاداً لممارسة هذا الحق ، فهو من مواعيد السقوط ، وبالتالي تسري عليه أحكام السقوط ، رغم وجود صعوبة تكمن في معرفة متى يكون الميعاد مقرراً لممارسة حق إجرائي ومتى لا يكون كذلك ؛ لأن المقنن لا يتكلم عن حقوق إجرائية بشكل مباشر، وإنما الفقه يستخلص ذلك.

وجميع المواعيد المحددة لممارسة الحق في الطعن في الأحكام أو التظلم من الأوامر القضائية تعتبر مواعيد سقوط ، حيث إنها حُددت لممارسة حق إجرائي . وكذلك المواعيد المحددة لرفع الدعوى القضائية

---

(١)عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات ، ص٦.

(٢) المرجع السابق،ص ٨٤ .

(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات ، ص ١٠٩.

(٤) أبو الوفا ، أحمد : المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٤٩٢.

(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات ، ص ١٠٩ وما بعدها .

(٦) العشماوي ، محمد وآخر : قواعد المرافعات ، جـ ٢ ، ص ٢٠٣.

تعتبر مواعيد سقوط ؛لأنها حُددت لممارسة حق إجرائي ، هو الحق في الدعوى القضائية. كما تعتبر مواعيد لسقوط الحق الإجرائي المناسبة أو الترتيب الذي يتعين التمسك فيه بالدفوع الشكلية [١] .

وفي نصوص المرافعات توجد إجراءات حدد المقنن لاتخاذها مواعيد ولم يقرر بشأنها جزاء السقوط ، فالمقنن أحياناً ينص على حق إجرائي ويحدد ميعاداً لمباشرته ولا ينص صراحة على جزاء السقوط ، وأحياناً أخرى ينص على جزاء آخر غير جزاء السقوط (م٨٢/١) مرافعات) فالنص أو عدم النص على جزاء السقوط لا يعتبر معياراً لتحديد الميعاد ذاته وإنما ارتباط الميعاد بحق إجرائي ،هو الذي يعتبر دليلاً على أن الميعاد من مواعيد السقوط [٢].

وتوصف مواعيد السقوط بأنها تسبق في غالبية أحوالها رفع الدعوى إلى القضاء ، وتكون شرطا من شروط قبولها[٣]. وفي بعض أحوالها تتخلل إجراءات الخصومة، سواء اعتبرت خصومة أول درجة أم كنا إزاء خصومة الطعن [٤]. وتهدف إلى استثارة همة الخصم في اتخاذ الإجراء في ميعاده ، مثل مواعيد الطعن في الأحكام[٥].

وتتشابه مواعيد المرافعات ومواعيد السقوط في أن كلاً منهما لا تؤثر في أصل الحق الموضوعي بشكل مباشر وإنما بشكل غير مباشر؛لأن الذي يؤثر في الحق الموضوعي بشكل مباشر،هو سقوط الحق الإجرائي ذاته؛ بما يؤدي إلى عدم إمكانية ممارسة الإجراءات التي كان يخولها للشخص هذا الحق . وذلك ينعكس على الحق الموضوعي الذي يفتقد في مثل هذه الأحوال الأعمال الإجرائية التي حددها القانون لحمايته. فالإجراءات لم توجد إلا لحماية الحقوق الموضوعية ، وعدم إمكانية القيام بهذه الإجراءات يؤدي إلى التأثير في الحق الموضوعي[٦].

وتتشابه مواعيد المرافعات ومواعيد السقوط في أنها لا تحترم إلا باتخاذ ذات ما يطلبه القانون فلا تنقطع هذه أو تلك بما تنقطع به مواعيد التقادم عملاً بالمادة (م٣٨٣مدني)[٧] .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ، ص ١٠٠وما بعدها .
سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، جـ ١ ، ص ٧٦٨.
(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ، ص ١٠٣.
(٣) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٧٢.
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات ، ص١٠٠.
(٥) المرجع السابق ، ص ٩٧.
(٦) المرجع السابق ، ص ١٠٠.
(٧) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٧٣ .

ب - يؤدي عدم احترام مواعيد المرافعات المقصود منها تعجيل الفصل في الدعوى إلى زوال خصومة صحيحة قائمة(م ٧٠ ، ٨٢، ٩٩، ١٢٨، ١٣٤ ، ١٤٠) [١] أو زوال إجراء معين فيها .

بينما عدم احترام مواعيد السقوط يؤدي إلى سقوط الحق الإجرائي في اتخاذ الإجراء وعدم إمكان المطالبة به [٢] .

ج - يحصل التمسك بتجاوز ميعاد من مواعيد المرافعات بدفع شكلي أو اعتبار الإجراء كأن لم يكن أو بعدم القبول ، أمَّا التمسك بالسقوط فيكون دائماً عن طريق الدفع بعدم القبول ؛ لإعمال جزاء آخر سبق وقوعه بقوة القانون وهو السقوط [٣] .

د - اعتبار الإجراء كأن لم يكن لا يعتبر نوعاً من السقوط ولانوعاً من البطلان ؛ لأنه يؤدي إلى زوال الإجراء والإجراءات التالية له والمرتبطة به والتي كان هو أساسها .أمَّا السقوط فلا يؤدي إلا إلى زوال الحق الإجرائي ؛ لأن العمل الإجرائي لم يتخذ بعد ، مثال ذلك: سقوط الحق في الطعن لا يؤدي إلى اعتبار الحكم والإجراءات السابقة عليه كأن لم تكن[٤].

وقد يجتمع السقوط مع البطلان بالنسبة لإجراء واحد رغم أن كل منهما يعتبر أحد الجزاءات في قانون المرافعات ، كما لو رفع الطعن بعد انقضاء ميعاده ، حيث يعتبر رفع الطعن باطلاً لانقضاء الحق في الطعن بالسقوط [٥]. ولذلك يتعين إيضاح الفرق بينهما على النحو الآتي :

١ـ يعد جزاء السقوط أعنف من البطلان [٦]؛ لأنه إذا حكم ببطلان الإجراء جاز تجديده ، بينما إذا سقط الحق امتنع تجديده.

٢ـ التمسك بالبطلان يبدى كقاعدة عامة قبل التكلم في الموضوع مالم يتصل بالنظام العام ، بينما يحصل السقوط بدفع يبدى في أي حال تكون عليها الإجراءات مالم ينص القانون على خلاف ذلك[٧] .

٣ـ التمسك بالبطلان أثناء نظر الدعوى يحصل بدفع شكلي تراعى في شأنه المادة (١٠٨) والمادة (٢٢) . بينما يحصل التمسك بالسقوط بعدم القبول عملاً بالمادة (١١٥) [٨] .

---

(١) أبوالوفا ، أحمد : المرافعات المدنية والتجارية ،ص٤٩٢.
(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٤١٣.
(٣) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٧٢.
(٤) عمر، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٤١٣وما بعدها.
(٥) المرجع السابق ، ص ٥٨٠.
(٦) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٧٤.
(٧) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٧٨.
(٨) المرجع السابق ، ص ٨٧٨ .

٤ــ يستهدف البطلان إجراءات الطلب القضائي ومدى صحة هذه الإجراءات،بينما يهدف السقوط إلى عدم القدرة على المطالبة بذات الحق[١]

٥ـ يؤدي سقوط الحق إلى بطلان الإجراء أحياناً ؛ إذ يترتب على اتخاذ الإجراء بعد ميعاده بطلانه ؛ لعدم احترام شكله الزمني[٢].

صفوة القول :

إن السقوط هو الجزاء الذي يرتبه المقنن الوضعي على عدم استخدام الحق الإجرائي في المناسبة أو الميعاد التي يحددها. والسقوط إذا وقع فإنه لا يتم التمسك به عن طريق الدفوع الموضوعية أو الدفوع الشكلية ؛ لأن الأولى تتوجه إلى أصل الحق ، والثانية تتوجه إلى عيوب إجرائية تشوب إجراءات الخصومة ؛ وإنما يتم التمسك به عن طريق الدفع بعدم القبول . وعدم القبول يفيد أن القائم بالإجراء تتخلف لديه في الواقع المصلحة القانونية في اتخاذه . هذه المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول أي إجراء ؛ لأن المصلحة القانونية في أحوال السقوط تربط الفائدة التي تعود على متخذ الإجراء في ميعاد معين بأن يتخذه في الميعاد المحدد وإلا سقط الحق في اتخاذه . وفوات الميعاد دون اتخاذ الإجراء خلاله يؤدي لسقوط الحق في القيام بالعمل، وبالتالي افتقاد شرط المصلحة لوصف من أوصافها فيكون الإجراء غير مقبول . والدفع بعدم القبول هنا وكما هو الشأن في كافة الدفوع من هذا النوع ؛ يرمي إلى إنكار الحماية القضائية على طالبها لعدم أحقيته في ذلك نظراً لسقوط حقه في اتخاذ الإجراء [٣] .

---

(١) والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص ٢٣.
(٢) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٧٤.
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٥٨.
سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، جـ ١، ص ٧٦٩.

الفرع الثالث : علاقة الدفع بعدم القبول بنظام التقادم في القانون

لم يذكر القانون تعريفاً للتقادم تاركاً ذلك للفقه [١] . وقد يبدو لأول وهلة أن التقادم ينافي العدالة والأخلاق ، فهو إن كان مُكْسِباً يجعل الغاصب مالكاً بعد حيازته للشيء مدة معينة ، وإن كان مُسْقِطاً يبرئ المدين إذا سكت الدائن عن المطالبة لمدة معينة[٢] .

ورغم ذلك فإن نظام التقادم يستند إلى عبارات من القوة والأهمية بحيث جعلت الشرائع تأخذ به منذ القدم ؛ لأنه يرتكز على اعتبارات عامة تتصل بالصالح العام للمجتمع[٣]، باعتباره من ألزم النظم القانونية لاستقرار النظام الاجتماعي ، فليس عسيراً بيان فائدة هذا النظام ولزومه لاستتباب المراكز الواقعية[٤]. وما يبرر التقادم المسقط هو الصالح العام؛ لأن الضرورة الاجتماعية تقضي بوضع حد زمني لاستعمال الحقوق والدعاوى .والحقوق كقاعدة عامة أبدية ، ولكن يوجد إلى جانب الحق جزاء لحمايته . وهذه الحماية تنظمها السلطة العامة بواسطة الدعوى على وجه الخصوص، ولاشك أن السلطة العامة لها مطلق الحرية في منع هذه الحماية عندما تتعارض مع الصالح العام، وهي لذلك تضع أجلاً لا يستطيع الأفراد بعد انقضائه طلب الحماية العامة [٥]. فهو يضع حداً للمنازعة في أمر معين، وبدون ذلك لا يمكن لأحد أن يطمئن إلى بقائه مالكاً أو إلى براءته من دين كان عليه. فلو كان للشخص أن يطالب بحقه مهما مضى من زمن على قعوده عن هذه المطالبة؛ لأدى ذلك إلى زعزعة في المراكز القانونية، وتسبب في اضطراب دائم في المعاملات، الأمر الذي يبعث الفوضى ويقوض النظام الاجتماعي، فضلاً عن هذا الاعتبار الأساسي في نظام المجتمع فإن التقادم المكسب يحل إشكالاً كبيراً يتعلق بالإثبات؛ ولاسيما إثبات الملكية فيساعد بذلك على حماية الحق نفسه[٦]. وهو يؤدي إلى تدعيم الحيازة التي استقرت على مر الزمن ، وغالباً ما يكون الحائز

---

(١) حسن ، علي أحمد : التقادم في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاء ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، د.ت)، ص ١٧.

(٢) الشواربي ، عبد الحميد : الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، طبعة ٢٠٠٥م) ، ص ١١٧٦.

(٣) الشواربي ، عبد الحميد وأسامة عثمان : أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ،(منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، د.ت) ، ص ١١.

(٤) حسن ، علي أحمد : التقادم في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاء ، ص ١٨وما بعدها.

(٥) المرجع السابق ، ص ٢٥.

(٦) الشواربي ، عبد الحميد وآخر : أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، ص ١١.

هو صاحب موضوع الحيازة، فيعفيه التقادم من عناء إقامة الدليل على حقه، الأمر الذي قد يتعذر في كثير من الأحيان[١] .

فالتقادم عموماً هو مضي مدة معينة من الزمن . ولكي يترتب على هذا الزمن أثر مكسب يجب أن يوجد معه عمل إيجابي من جانب المكتسب ، أي حيازة تستوفي جميع الشروط التي يتطلبها القانون، حيث نصت المادة(٩٦٨مدني)، على أن : " من حاز عقاراً منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة ". كما تنص المادة (٩٦٩مدني) على أنه: " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " [٢].

والتقادم في حقيقته سبب لكسب الملكية أو حق عيني آخر، فالحائز إذا تمسك به فإنه يستفيد من قاعدة موضوعية تكسب الحق، وليس من قاعدة إثبات تعفيه من إثبات حقه [٣] .

ولكي يترتب على الزمن من جهة أخرى أثره المسقط لابد من واقعة سلبية،هي سكوت صاحب الحق طوال المدة القانونية للتقادم . والقاعدة العامة أن التقادم المسقط يحصل بمضي خمس عشرة سنة، وهو ما يسمى بالتقادم الطويل أو العادي [٤].

والتقادم المسقط هو وسيلة للتخلص من الالتزام بمجرد مضي المدة التي حددها القانون [٥] .

وقد فصل المقنن المصري بين التقادم المسقط والتقادم المكسب، وقرر في مادته(٣٨٦مدني) في فقرتها الأولى على أن: " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " . وتكلم عن التقادم المكسب في المادة (٩٦٨) السابق بيانها أعلاه .

ويشترك التقادم المكسب والتقادم المسقط في أن كل منهما يؤدي إلى تأييد حالة واقعة استمرت مدة معينة من الزمن، ورغم هذا التشابه إلا أن ثمة ما يميزهما عن بعض ، ومن ذلك ما يلي[٦] :

---

(١) حسن ، علي أحمد : التقادم في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاء ،ص١٩.
(٢) الشواربي ، عبد الحميد : الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ، ص١٢٠٢.
(٣) المرجع السابق ، ص ١٢٠٢.
(٤) الشواربي ، عبد الحميد وآخر : أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، ص ٢٩.
(٥) الشواربي ، عبد الحميد : الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ، ص١١٨٠.
(٦) حسن ، علي أحمد : التقادم في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاء ،ص٣٣ وما بعدها .

١ـ نطاق التقادم المكسب مقصور على الحقوق العينية دون ما سواها. في حين أن التقادم المسقط واسع ؛ إذ هو يطبق على جميع الحقوق الشخصية الخاصة، وكذلك الحقوق العينية فيما عدا حق الملكية، وعلى كل الدعاوى عدا دعوى الاسترداد .

٢ـ الأساس الجوهري للتقادم المكسب، هو الحيازة أي فعل إيجابي من جانب الحائز. أمَّا التقادم المسقط يقوم على العكس أي على واقعة سلبية، هي سكوت الدائن وتركه حقه يسقط شيئاً فشيئاً إلى أن تنتهي المدة المحددة في القانون .

ولا يعرض في التقادم المسقط البحث عن حسن النية وسوء النية؛ إذ أن المدين يستطيع أن يتمسك به دائماً حتى ولو كان سيئ النية .أمَّا التقادم المكسب فإن مسألة حسن النية وسوء النية لهما دائماً أهميتهما .

٣ـ لا يقتصر التقادم المكسب على تأييد الحالة الواقعة؛ بل يُحَوِّل الواقع إلى حق، فهو يحول وضع اليد إلى ملكية. أمَّا التقادم المسقط فليس له إلا تثبيت لحالة واقعة استمرت مدة محددة من الزمن . فالمدين الذي يتخلص من دعوى الدائن وإن كان عاد عليه التقادم بالإثراء إلا أنه لا يكتسب حقاً .

وعلى هذا الأساس من الخلاف بين النظامين؛ فإن التقادم المكسب لا يكسب الحائز مجرد الدفع وإنما يعطيه حق الدعوى . أمَّا التقادم المسقط فهو وسيلة دفاع فحسب ، إذ هو لا يعطي المدين سوى دفع ما يمكنه به أن يصد دعوى الدائن .

ورغم هذه الفروق الجوهرية بين التقادم المسقط والتقادم المكسب، إلا أن كليهما يخضعان لبعض القواعد المشتركة الخاصة بحساب المدة والوقف والانقطاع والأشخاص الذين يحق لهم الإفادة من التقادم وبالتنازل (١) .

ونصت المادة (٣٨٧مدني) الواردة في التقادم المسقط والتي تحيل المادة (٩٧٣مدني) في التقادم المكسب إليها على كيفية التمسك بالتقادم(٢) وفق ما يلي:

١ـ لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب من المدين أو طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .

٢ـ يجوز التمسك بالتقادم في أي حال تكون عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية .

ومقتضى هذا النص أن أحكام التقادم التي تعتبر من النظام العام ، هي تلك

---

(١) حسن ، علي أحمد : التقادم في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاء ،ص٣٤.
(٢) الشواربي ، عبد الحميد : الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ، ص١٢٥٦.

التي تتعلق بوجود التقادم .أمَّا الأحكام التي تتعلق بالاستفادة من التقادم، فلا تعتبر من النظام العام . وعلى ذلك يكون لصاحب الحق الخيار إن شاء تمسك بالتقادم فتترتب آثاره لمصلحته، وإن شاء نزل عنه فيقع هذا النزول صحيحاً [١] .

ويرى بعض فقهاء القانون : أن الدفع بالتقادم هو دفع موضوعي، والحكم بقبوله قضاء في أصل الدعوى؛ تستنفد به المحكمة ولايتها على النزاع، وينبني على استئنافه نقل النزاع برمته دفعاً وموضوعاً إلى محكمة الاستئناف لكي تنظر فيه على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة[٢].

وقد قررت محكمة النقض في هذا الصدد: أن " الدفع بالتقادم دفع موضوعي يجوز إبداؤه في أي حال تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام الاستئناف، والنزول عنه لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ولا يستفاد من مجرد التراخي في التمسك به، ولئن جاز حمل هذا التراخي على محمل النزول الضمني عن الدفع وفقاً للظروف إلا أنه يشترط لصحة هذا الاستخلاص أن يكون مستمداً من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به"[٣].

ويرى أحد الشراح أنه لا يوجد ما يمنع من التمسك بالتقادم في صورة الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى؛لأن الفصل في هذا الدفع لا يتناول لا من قرب ولا من بعد فصلاً في الموضوع . فالموضوع ليست له دعوى مقبولة تمنح المحكمة فرصة لنظره ، كما أن هدف هذا الدفع لا يعدو إلا أن يمنع المحكمة من نظر الدعوى ؛ وذلك لتخلف المصلحة القانونية في الطلب القضائي الذي تستخدم به هذه الدعوى . هذه المصلحة لكي تتوافر يجب مباشرة الدعوى في الميعاد المحدد، فإذا لم تباشر فإن الطلب يكون غير مقبول [٤] .

وإلى جانب التقادم المسقط يوجد نظام يشتبه معه إلى حد كبير، وهو نظام السقوط . فهناك أحوال ينشأ عنها سقوط الحق نتيجة عدم قيام شخص بمباشرة حق مقرر لمصلحته في ميعاد معين؛ دون أن يكون الأمر متعلقاً بمطالبة دائن مدينه بالوفاء بدينه، أو مطالبة صاحب حق عيني بحقه. واختلف الفقه القانوني حول التمييز بين التقادم المسقط والسقوط .وهناك

---

(١) الشواربي ، عبد الحميد : الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ، ص١٢٥٦.

(٢) حسن ، علي عوض : الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء ، (دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، مصر ، طبعة ١٩٩٦م) ، ص ١٠٦.

(٣) الطعن رقم (١٣١٥) سنة ٤٩ ق جلسة ٢٩/ ٥ / ١٩٨٣هـ . نقلاً عن : الشواربي ، عبد الحميد : الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ، ص١٢٦٦.

(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٦٣وما بعدها .

رأي ميز بينهما، بحيث يرى أن مواعيد السقوط متميزة عن مواعيد التقادم؛ لأن الغرض الذي راعاه القانون بالنسبة لمواعيد السقوط، هو اعتبارها شرطاً لمباشرة عمل معين أو للانتفاع برخصته ولم يقصد مجازاة إهمال صاحب الشأن فيها، بل قصد وضع حد يمكن فيه مباشرة العمل على وجه السرعة . فالسقوط وفقاً لهذا الرأي لا يقوم على الإهمال ، بل يقوم على فكرة وجود أجل قانوني يتناول الحق نفسه ويسقطه [١] .

هذا الرأي مخالف لما أجمع عليه الفقه من اعتبار سقوط الحق جزاء قانوني من الجزاءات الموجودة في قانون المرافعات، كما أنه مخالف لما نص عليه القانون من كونه جزاء اعترف به المقنن الوضعي؛ فلذلك لا يلتفت لهذا الرأي [٢] .

وذهب رأي آخر من الفقه إلى أن ما يميز السقوط عن التقادم،هو أن الحق محدود في الزمن، فإذا مر هذا الزمن المحدد انقضى الحق نهائياً وكلياً ؛ فالزمن عامل مشترك بين نظام السقوط ونظام التقادم ، ولكن هناك في التقادم عاملاً آخر يضاف إلى الزمن، ففي نظام التقادم المسقط هناك قرينة على الوفاء والإبراء قائمة على أساس عدم المطالبة به من جانب الدائن ، أمَّا في السقوط فليس به شيء من ذلك واستعماله في خلال مدة معينة تختلف باختلاف المصالح التي ينظمها، فما يميز السقوط إذن أنه يؤدي إلى سقوط الحق دون افتراض التنازل أو الإبراء من جانب صاحب الحق[٣]

وذهب رأي ثالث إلى أن السقوط كالتقادم يرد على حق من الحقوق ويؤدي إلى انقضائه، وعلى الرغم من تشابه بعض أحكامهما مما ترتب عليه القول : بأن السقوط هو تقادم من نوع خاص إلا أن السقوط يختلف عن التقادم اختلافاً جوهرياً ؛ فبينما يتناول الثاني حقاً موضوعياً؛ ينصب الأول على مجموعة إجراءات وعلى الحق في مزاولتها . ويصل هذا الرأي إلى نتيجة : أن التقادم ما هو إلا دفعٌ من الدفوع بعدم القبول على اعتبار أنه يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وينكر بها المدعى عليه سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء بقصد حمايته [٤] .

وانتقد هذا الرأي من بعض الفقه بأن السقوط لا يتناول مجموعة الإجراءات، وإنما يتناول الحق الإجرائي الذي بناء عليه اتخذت هذه

---

(١) حسن ، علي أحمد : التقادم في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاء ،ص٣٥.
(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٧٠٧.
(٣) الشواربي ، عبد الحميد وآخر : أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، ص ٢١.
(٤) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٦٧١ وما بعدها .

الإجراءات. ونجاح التمسك بالسقوط يترتب عليه زوال هذه الإجراءات، وذلك راجع لسقوط الحق الذي بناء عليه اتخذت هذه الإجراءات . أمَّا القول: بأن التقادم في مجال قانون المرافعات يتناول حقاً موضوعياً ويؤدي إلى انقضائه، ففي ذلك خلط بين الحق الموضوعي من جهة وبين وسيلة حمايته من جهة، فالدعوى القضائية هي حق مستقل تماماً عن الحق الموضوعي ووجدت لحمايته، والحق في الدعوى هو واحد من أهم الحقوق الإجرائية بل هو عمادها . ويصل أصحاب هذا الرأي إلى القول : بأنه ورغم صحة النتيجة التي توصل إليها هذا الرأي المنتقد إلا أن مقدماته لا تصلح سنداً لتأسيسها[١] .

ويرى هذا الرأي من الفقه أن الحق في الدعوى، هو الذي يرد عليه التقادم إذا لم يمارس في خلال مدة معينة، وهذا التقادم ما هو في الواقع إلا سقوط لحق إجرائي لم يستخدم في خلال المدة التي حددها القانون ، ويثار هذا السقوط في صورة دفع بعدم القبول، وهذا الدفع بعدم القبول يواجه في الواقع الحماية القضائية التي يطلبها المدعي الذي سقط حقه في الدعوى بعدم ممارسته لحقه في خلال المدة المعينة ، وهو يرمي إلى إنكار حقه في طلب هذه الحماية ، بل وصل هذا الرأي لأبعد من ذلك وهو أنه لا حاجة لفكرة التقادم في قانون المرافعات اكتفاء بفكرة السقوط ، فالتقادم ليس إلا تعبيراً آخر لفكرة سقوط الحق[٢].

هذا الرأي قد جانب الصواب في إلغائه لفكرة التقادم والاستعاضة عنها بفكرة السقوط ؛ فهناك كثير من الشراح درجوا على إبراز نواحي الشبه وأوجه الخلاف بينهما [٣] منها : أن السقوط يوجد في الأحوال التي يوجد فيها حق إجرائي يتعين ممارسته باتخاذ العمل الإجرائي في الميعاد الذي يحدده القانون ، وعدم قابلية مواعيده كقاعدة للوقف والانقطاع وأنها تجري في حق القصر وعديمي الأهلية . وكل ذلك يختلف جذرياً عن مواعيد التقادم كما أن ميعاد السقوط يقوم على فلسفة وأسس تختلف عما يقوم عليه ميعاد التقادم ، فلا نجد بصدد ميعاد السقوط إزاء حق موضوعي يرد عليه الانقضاء ، كما لا يتخلف عن سقوط الحق الإجرائي التزام طبيعي، إضافة إلى أن ميعاد السقوط لا يقوم على قرينة الوفاء [٤] .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٦٣ وما بعدها .
(٢) المرجع السابق ، ص ١٦٢ ،١٦٣ وما بعدها .
(٣) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ،ص ٦٧١.
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات ، ص ٩٥.

وهذا يؤكد أن لا سبيل إلى إلغاء أحدهما ودمجه في الآخر؛ سيما أيضاً وأن مدد التقادم أو مواعيد السقوط لا يسري عليها أحكام واحدة ، بل بعضها تنظمه قواعد خاصة ، لا يخضع لها البعض الآخر، مما يتطلب معه بحث كل مسألة على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التي دعت لتعيين المدة فيها [(١)].

وفي كلمة واحدة يتم التمسك بالتقادم عن طريق الدفع بعدم القبول .

(١) حسن ، علي أحمد : التقادم في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاء ، ص٣٦.

الفرع الرابع : علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الشيء المقضي فيه في قانون المرافعات

يتناول البحث فيما يلي فكرة حجية الشيء المقضي فيه بإيجاز، بهدف إيضاح علاقة الدفع بعدم القبول بها من ناحية تحديد ما إذا كانت هذه الحجية يتم التمسك بها عن طريق الدفع بعدم القبول أم بوسيلة أخرى .

يقصد بحجية الشيء المقضي فيه: " أن القرار القضائي إذ يطبق إرادة القانون في الحالة المعينة، فإنه يحوز الاحترام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي فصل فيها مرة أخرى تعين عدم قبولها ؛ وإذا أثير ما قضى به أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث مجدد " [(١)] .

وتظهر هذه الحجية في أثرين هما :

١- أثر سلبي : وهو عدم جواز إعادة النظر في النزاع ، أي يمتنع على الخصوم عرض النزاع على القضاء من جديد ما دام سبق الفصل فيه.

فحجية الشيء المقضي فيه تقيد كلاً من القاضي الخصوم . وليس للمحكمة التي أصدرت الحكم أن تعيد النظر فيه، ولا لمحكمة أخرى أن تتعرض لما سبق الفصل فيه . والدفع الذي يثيره الخصم لمنع المحكمة من إعادة النظر في الدعوى ؛ لا يرمي إلى مجرد منع إصدار حكم مخالف للحكم السابق ، وإنما يهدف إلى منع إصدار أي حكم جديد[(٢)] .

- أثر إيجابي: ويتمثل في أن ما قضي به يمكن الاحتجاج به أمام أيّة محكمة أخرى ، أي أن حكم المحكمة ملزم لها وملزم للمحاكم الأخرى . وللمحكوم أن يتمتع بحجية الحكم وما قضي به ، وأن يستند إليه في ادعائه . وأساس الحجية التي يتميز بها العمل القضائي، هو وجود النزاع الذي يحسم بهذا العمل . والدليل على هذا أن الحجية لا تترتب إلا بالنسبة للأحكام القطعية التي تفصل في منازعه . ومن جهة أخرى ، فإن أحكام المحكمين - رغم صدورها من قضاء عام - تتمتع بهذه الحجية ؛ لأنها تفصل في نزاع .

ويلاحظ أن هذه الحجية تترتب ولو كان الحكم باطلاً ؛ فالطريق الوحيد لاهدارها وتصحيح العمل القضائي، هو اتباع طريق الطعن الذي يقرره القانون[(٣)] .

---

(١) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ١٣٥.

(٢) سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، جـ ١ ، ص ١٠٩وما بعدها .

(٣) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ١٣٦.
سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، جـ ١ ، ص ١١٠ وما بعدها .

والحكم القطعي : " هو الحكم الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى ، أو في أحد أجزائه أو في مسألة متفرعة عنه ، سواء تعلقت هذه المسألة بالقانون أو بالوقائع " (١) .

علاقة الدفع بعدم القبول بحجية الشيء المقضي فيه :

نصت المادة (١١٦مرافعات) على أن الدفع بعدم جوازنظرالدعوى لسبق الفصل فيها؛ تقضي فيه المحكمة من تلقاء نفسها، كما أن هذا الدفع متعلق بالنظام العام يجوز إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة النقض؛ لأن حجية الأمر المقضي فيه تعتبر من النظام العام بموجب ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمادة (١٠١) من قانون الإثبات .

وقضت محكمة النقض بأن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، هو دفع للدعوى برمتها في ذات موضوعها، ومتى قبلته محكمة ما ؛ فقد انحسمت الخصومة في هذا الموضوع أمامها، وأصبح من غير الممكن قانوناً الرجوع إليها فيه لاستنفاد ولايتها بشأنه، ومن ثم إذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي له تعين عليها نظر الموضوع للفصل فيه دون أن يعد منها تفويتاً لدرجة من درجات التقاضي(٢) .

ومن أحكام محكمة النقض :

١ـ حجية الحكم المانعة من نظر النزاع في دعوى لاحقة . شرطها اتحاد الخصوم والموضوع والسبب . فصل الحكم السابق في النزاع حول ملكية الأرض . عدم حيازته الحجية في النزاع حول البناء المقام عليها استناداً إلى اتفاق خاص . علية ذلك ، اختلاف الموضوع والسبب في الدعويين (نقض ٢٤/ ٤/ ١٩٨٦م طعن رقم ٩٠٦لسنة ٥١ قضائية) (٣)

والدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها أو الدفع بحجية الشيء المقضي به هو من الدفوع بعدم القبول يُبدى في أي حال تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام الاستئناف (٤) .

وجمهور الفقه مستقر على رأي المقنن المصري في أن التمسك بحجية الشيء المقضي به يثار عن طريق الدفع بعدم القبول(٥) .

---

(١) أبوالوفا ، أحمد : نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٩م) ، ص ٤٩٥.

(٢) حسن ، علي عوض : الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، (دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، طبعة ١٩٩٦م) ، ص ١٤ ، ١٥ ، ١٧ .

(٣) الدناصوري ، عز الدين وآخر : التعليق على قانون المرافعات ، ص ١٢٥٥.

(٤) أبو الوفا ، أحمد : المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٧١٥.

(٥) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ١٣٥.
أبو الوفا ، أحمد : المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٧١٥. =

هذا الدفع يعتبره جمهور الفقه دفعاً بعدم القبول . والدفع بعدم القبول يستعمل لإعمال فكرة حجية الشيء المقضي به ، فهو يشكل عائقاً يحول دون المحكمة ونظر موضوع ذات الدعوى من جديد لسبق الفصل فيها ، وبالتالي فحجية الشيء المقضي به باعتبارها نظاماً من أنظمة المرافعات تؤدي إلى انقضاء الحق في رفع ذات الدعوى من جديد لاستنفاد حقه في استعمال الدعوى بصدور حكم في الموضوع يحوز الحجية (١) .

= فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٥.
عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٦٨.

(١) عمر ، محمد عبد الخالق : عدم القبول (باللغة الفرنسية) ، ص ٢٠٢، ٢٠٣ نقلاً عن : عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٦٩.

المطلب الرابع

المقارنــــــــــــــــــــة

أعرض للمقارنة على النحو التالي :
١ـ سبق الفقه الإسلامي النظام والقانون في معرفته لفكرة القبول وعدم القبول رغم أن الفقهاء لم يبحثوا هذه الفكرة كفكرة مستقلة ، وإنما مسائلها منثورة في كتب الفقهاء ؛ بل إن بعض الفقهاء خصص باباً للقبول وعدمه عند حديثه في موضوع الشهادة [١] .
ويُعتبر الدفع بعدم القبول في الفقه الإسلامي دفعاً مستقلاً عن بقية الدفوع .
كما أن النظام اعتبره كذلك حيث نص عليه في مادته (٧٢) .
وأيضاً فعل ذلك القانون حيث خصص مادة (١١٥) لهذا الدفع .
بينما يتميز الفقه القانوني بإبراز هذه الفكرة ودراستها كفكرة مستقلة وإثرائها بالبحث ومحاولاته في تنظيم قواعدها وأحكامها ، رغم اختلاف الآراء حول طبيعة هذا الدفع ، والراجح من أقوال فقهائه أنه يمثل طائفة مستقلة عن بقية الدفوع وهو رأي الفقه الحديث في مصر .
وأوجه الخلاف :
لم يُشر فقهاء الشريعة الإسلامية لهذه الاستقلالية بصراحة، وإنما تستنتج من واقع ما اشترطوه من شروط لقبول الدعوى وسماعها، ومن خلال الأمثلة التي أوردوها في كتبهم .
بينما النظام أكد له هذه الاستقلالية بشموله بمادة مستقلة، وأيضاً أكد القانون هذه الاستقلالية بتخصيصه بمادة مستقلة .
وأرى كنتيجة لما سبق أن مصدر فكرة القبول وعدم القبول،هو الفقه الإسلامي ؛ لأنه أقدم من الفقه الفرنسي ، وبما يؤكد عدم صحة ما توصل له بعض الباحثين من أن مصدر هذه الفكرة هو القانون الفرنسي القديم[٢] .
وهذه النتيجة التي تم التوصل تؤكد ما ذهب إليه أحد علماء الأزهر من أن أكثر المواد الفقهية في القوانين الفرنسية قد أخذت من الفقه المالكي مما

---

(١) انظر على سبيل المثال :
ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ١٣٦.
(٢) حشيش ، أحمد محمد : الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية ص ١٩١.
عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٦.

يثبت علو ومكانة الفقه الإسلامي وسموها [١] . وإن كان هناك ما يُحسب للفقه القانوني هو إبراز هذه الفكرة ، ومحاولاته الجادة في فهم طبيعتها وإثراء ميدانها بالعديد من المواضيع ذات الصلة بها .
٢ـ يتفق الفقه الإسلامي والنظام والقانون في أن الدفع بعدم القبول يجوز التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى وحتى قبل صدور الحكم .
وأوجه الخلاف :
أجاز بعض الفقهاء الدفع بعدم القبول بعد الحكم ، وبعضهم منع ذلك.
بينما النظام والقانون لا يجيزان قبول هذا الدفع بعد قفل باب المرافعة وهو وقت تهيئة صدور الحكم ، ولكن يُمكن التمسك به بطرق الاعتراض على الأحكام .
وأرى أنه لا يوجد خلاف بائن طالما أن الدفع بعد صدورالحكم يعتبر طريقاً من طرق الاعتراض على الأحكام .
٣ـ الدفع بعدم القبول يجب إثارته من قبل المحكمة في أي مرحلة من مراحل الدعوى وذلك في الفقه والنظام والقانون ، ويجوز للمدعى عليه التمسك بهذا الدفع فيما لو أغفل القاضي إثارته من تلقاء نفسه .
وأوجه الخلاف :
لم يعتبر الفقهاء تصدي القاضي من تلقاء نفسه لإثارة هذا الدفع دفعاً وإنما واجب من الواجبات الملقاة على عاتقه، بينما النظام والقانون نصا على ذلك .
وتصدي القاضي لرد الدعوى لتخلف شرط من شروط قبولها هو في حقيقته دفع لها ، ولا يمنع أن يكون ذلك واجباً ، إلا أن هذا الدفع من قبل القاضي لا يكون دعوى في حد ذاته .
٤ـ عرف الفقه الإسلامي فكرة الجزاء الإجرائي في فقه المرافعات وكذا النظام والقانون .
وأوجه الخلاف :
لم يستخدم الفقهاء هذا المصطلح ولم تُبحث هذه الفكرة كفكرة مستقلة ، وإنما استنتج ذلك من خلال الجزاءات التي كانت معروفة في فقه المرافعات الإسلامي .
بينما الفقه القانوني يتميز بإثرائه لهذه الفكرة بالبحث وتنظيم مواضيعها

---

(١) انظر :
حسين ، سيد عبد الله علي : المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي ، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه ، ص ٦٢.

ذات العلاقة .
٥ـ يتفق الفقه والنظام والقانون على أن الدفع بعدم القبول ليس إلا أحد الجزاءات الموجودة في فقه المرافعات .
وأوجه الخلاف :
لم يُشر الفقهاء لذلك صراحة ولكن استنتج من خلال مؤلفاتهم .
بينما الفقه القانوني أهتم بفكرة عدم القبول باعتبارها أحد الجزاءات الإجرائية المعروفة في القانون الإجرائي .
وأرى أن عدم تعرض الفقهاء صراحة لفكرة الجزاء الإجرائي أو كون عدم القبول أحد الجزاءات الإجرائية ؛ فإن ذلك لا يُغيّر من الأمر شيء طالما بالإمكان التوصل لهذه النتيجة . وما يُحسب للفقه القانوني هو الاهتمام بهذه الفكرة وإبرازها وما يتصل بها ومن ضمنها عدم القبول .
٦ـ عرف الفقه الإسلامي والنظام والقانون فكرة سقوط الحق الإجرائي لعدم اتخاذه في ميعاده المقرر.
وأوجه الاختلاف :
لم يستخدم الفقهاء هذا المصطلح ، وإنما يمكن استنتاج ذلك من مؤلفاتهم، ولم يضع النظام نصاً يتناول أحكام السقوط وإنما تتناثر جزئياته في مواد متعددة ، وكذا الحال يسري على القانون .
بينما الفقه القانوني بحث هذه الفكرة وكان له دور في إثرائها وتنظيم أحكامها وقواعدها .
٧ـ يتفق الفقه والنظام والقانون بصفة عامة على أن التمسك بسقوط الحق يتم عن طريق عدم القبول وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى .
٨ـ يتفق الفقه والقانون على الاهتمام بفكرة التقادم وإن كان للفقه الإسلامي قصب السبق في ظهورها لحيز الوجود . أمَّا النظام فقد أغفل الحديث عن هذه الفكرة تاركاً الاجتهاد يعود للقاضي في تعامله مع الدعاوى التي مضى عليها الزمن .
وأوجه الخلاف :
لم يتناول الفقهاء التقادم على أنه سبب مكسب للملكية وإنما على اعتبار أنه مانع من سماع الدعوى .
بينما القانون تناول التقادم بنوعيه المكسب والمسقط ، ونظم قواعد وأحكاماً تتعلق بهما .
٩ـ يتفق الفقه الإسلامي ورأي من الفقه القانوني في أن التمسك بالتقادم يتم عن طريق الدفع بعدم القبول وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى .

١٠ـ عرف الفقه الإسلامي فكرة حجية الحكم القضائي بمسمى عدم النقض. ويمكن استخلاص المبادئ التي تقوم عليها من الكتاب والسنة وأقوال الفقهاء وقواعد الفقه. وهذا يدل على سبق الفقه للنظام والقانون في معرفته بفكرة الحجية وإن لم يتناولها الفقهاء بصفة مستقلة .

بينما النظام لم يشر لهذه الحجية بمادة مستقلة وإنما ترك مجالاً للاجتهاد في عجز المادة (٧٢) عندما ذكر" أو لأي سبب آخر " .

وقانون المرافعات المدنية والتجارية خصص للدفع بعدم جواز نظر الدعوى مادة مستقلة (١١٦).

والفقه القانوني اهتم بهذه الفكرة وإثرائها بالمواضيع ذات الصلة .

١١ـ يتفق الفقه والنظام والقانون بصفة عامة على أن الدفع بالحجية أو ما يسمى بسبق الفصل، هو من قبيل دفوع عدم القبول ويتم التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

إلا أن المنظم السعودي لم يكتف بهذا الدفع فقط ، وإنما أضفى هيبة وقوة على الحجية إضافة لما تتمتع به من قوة باعتبار أن تكرار الدعوى بدون وجه حق هو في حقيقته دعوى كيّدية باطلة تستوجب الحكم برد الدعوى ، وبعد تمييز الحكم واكتسابه القطعية ؛ فإن القاضي ينظر في موضوع تعزيره باعتبار أن دعواه كيّدية وباطلة للحد من آثارها، ولكونه من جهة أخرى أقدم على المساس بهذه الحجية دون وجه حق . وهذا ممّا يميز النظام في هذا المجال .

الفصل الثالث

الفصل الثالث

آثار الدفع بعدم قبول الدعوى في الفقه والنظام والقانون

يتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول : الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في الفقه والنظام والقانون

المبحث الثاني : الدفع بعدم القبول وسلطة المحكمة في الفقه والنظام والقانون

المبحث الثالث : الدفع بعدم القبول وسلطة الخصوم في الفقه والنظام والقانون

المبحث الرابع : مدى الطعن في الدفع بعدم القبول في الفقه والنظام والقانون

المبحث الأول

الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام
في الفقه والنظام والقانون

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في الفقه

المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في النظام

المطلب الثالث : الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في القانون

المطلب الرابع : المقارنة

المطلب الأول

الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في الفقه

أعرض لفكرة النظام العام في الفقه الإسلامي ثم علاقة الدفع بعدم القبول بها، وذلك وفقاً لما يأتي :

أولاً : مفهوم فكرة النظام العام :

كانت الشريعة الإسلامية منذ نزولها نظاماً عاماً، تنظم علاقة الفرد بنفسه، ومع غيره، وعلاقته بمجتمعه،وأيضاً علاقته بربه بصفة أساسية .

وتزخر كتب الفقه الإسلامي ومصادره التشريعية بمثل هذا التنظيم، بالإضافة إلى أن الغاية منه لا تقتصر على الحياة الدنيا وإنما تمتد إلى الحياة الأخروية .

لم أجد في كتب المتقدمين من الفقهاء، ما يشير لتعرضهم لمصطلح النظام العام، فهو مصطلح قانوني حديث؛ يُقصد به تلك الأنظمة أو الأحكام التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، أو الاتفاق على خلافها؛ لتعلقها بالمصالح الأساسية للمجتمع، سواء أكانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية؛ بحيث يؤدي الإخلال بها أو التهاون في تطبيقها إلى زعزعة استقرار النظام العام في المجتمع ، فيؤول الحال به إلى الاضطراب والفساد ، وتقويض كيانه(١) .

ورغم ذلك إلا أنهم استخدموا مصطلحات مشابهة للنظام العام، مثل: المصلحة العامة، والنفع العام ، أو الصالح العام ، خاصة في الأمور المهمة، والعظيمة، مثل: الإمامة العظمى والحدود والقضاء وغير ذلك(٢).

وقد كانت لدى بعض المتأخرين من الفقهاء والباحثين في مجال الفقه والقضاء آراء حول هذه الفكرة تتلخص في الآتي :

الرأي الأول :

أشار عبد الرزاق السنهوري إلى أن فكرة النظام العام والآداب العامة في الفقه الغربي يمكن أن يوجد لها نظير في الفقه الإسلامي، وذلك فيما يُدعى بحق الله أو حق الشرع (٣).

---

(١) القراله ، أحمد ياسين : النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي،(أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله ، بكلية الدراسات العليا من الجامعة الأردنية ، غير منشورة ، عمَّان ، الأردن ، ١٩٩٦م) ، ص ٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٣.

(٣) السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، (المكتبة السلفية ، =

فحق الله أو حق الشرع لا يقل مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي بل لعله يزيد [١] .

وحق الله هو: ما يتعلق به النفع من غير اختصاص لأحد، وأضيف إلى الله جلَّ جلاله؛ لعظم خطره ، وشمول نفعه ، كما أنه لا يجوز فيه العفو ولا الإبراء ولا الصلح [٢] .

هذا الرأي يرى أن حق الله أو حق الشرع، هو في لغة الفقه الغربي حق يتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام والآداب، ومن ثم لا يجوز الصلح فيه ولا الإبراء منه ولا الاتفاق على ما يخالفه . فالمراد بحق الله إذن ما هو حق للمجتمع، وشرع حكمه للمصلحة العامة لا لمصلحة فرد خاص ، فلكونه من النظام العام، ولم يقصد به نفع فرد بخصوصه نسب إلى رب العالمين، وسُميَّ بحق الله [٣] .

وأضاف صاحب هذا الرأي مفهوماً لفكرة النظام العام في القانون والفقه معاً، حيث قال : " تعتبر القاعدة القانونية من النظام العام إذا قصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، وتعلو على مصلحة الأفراد " [٤].

كما قال أيضاً : " والآداب في أمة معينة وفي جيل معين،هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . هذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف، وتواضع عليه الناس . وللدين أثر كبير في تكييفه، وكلما اقترب الدين من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقي " [٥].

ثم قال : " على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور هما :

أولاً : فكرة المعيار: فمعيار النظام العام : هو المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، ومعيار الآداب هو : الناموس الأدبي . وهمـــا

= المدينة المنورة ، السعودية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٧م) ، جـ ٣ ، ص ٩٩.

(١) المرجع السابق ، جـ ٣ ، ص ٩٩.

(٢) الغزالي ، محمد بن محمد : المستصفى من علم الأصول ، ص ٥٣.
السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، جـ ٣ ، ص ٩٩.

(٣) خلاف ، عبد الوهاب : علم أصول الفقه ، (دار الكلمة ، المنصورة ، مصر ، الطبعة العاشرة ، ١٤٢٢هـ) ، ص ٢١٩.

(٤) السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، جـ ٣ ، ص ٨١.

(٥) المرجع السابق ، جـ ٣، ص ٨١.

معياران موضوعيان لا ذاتيان .
ثانياً : فكرة النسبية : فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا في أمة معينة وفي جيل معين " [(١)] .

هذا الرأي لم يبرز خصائص محددة لفكرة النظام العام في الفقه الإسلامي؛ تميزها عن مفهومها في القانون، باعتبار اختلاف منشئهما، مما يجعله عرضة للنقد ، وعدم الالتفات إليه .

الرأي الثاني :

يمثل هذا الرأي في حقيقته نقداً موجهاً للرأي السابق، حيث يقول محمد زكي عبد البر : " إن شريعة الإسلام كلها نظام عام وآداب ، إذ أنها شريعة دينية تهتم بسلوك الفرد من مولده بل قبل مولده ، إلى وفاته ، بل إلى ما بعد وفاته ، في أمور الدنيا والآخرة ، وتفصّل له عباداته ومعاملاته ، وجناياته ومناكحاته ، آمرة أو ناهية أو مخيرة ، مكلفة إياه إيجاباً أو ندباً أو تحريماً أو كراهة أو تخييراً . فليس للمسلم أن يخالفها. وكل سلوك المسلم يهم المجتمع كله." [(٢)].

ثم بيَّن أن هذا يخالف القانون كونه نشأ أول مرة بين قوم واثنين، وأقيم على الفصل بين أحكامه وبين الأخلاق والمثل العليا، فكان لابد من فكرة النظام العام والآداب؛ لتكون هذه الفكرة الممر الذي تدخل منه العوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى القانون لمنع المجتمع من الانهيار [(٣)] .

وأضاف صاحب هذا القول : إن اشتراط الرأي السابق عدم مخالفة محل العقد للنظام العام والآداب، وجعله شرطاً في المحل،هو من قبيل مجاراة القانون وإقحام لفكرة في الفقه الإسلامي ما هو أو سع منها، بحيث صار إدخالها فيه تكراراً مشوشاً لتعدد الصيغ والأسماء . يُضاف إلى ذلك أن هذه الفكرة،هي أمر نسبي في القانون تختلف باختلاف الزمان والمكان. أمَّا في الشريعة الإسلامية، فالأوامر والنواهي والإباحات أحكام ثابتة لا يطرأ عليها إلا ما تقضي به الشريعة نفسها من رخص، وما يقضي به ولي الأمر في حدود ولايته، مع استثناء ما يكون محل اجتهاد . فلا يصح أن يفرد

---

(١) السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، جـ ٣، ص ٨٢.
(٢) عبد البر ، محمد زكي : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي ، (بحث منشور بمجلة أضواء الشريعة التي تصدرها كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، السعودية ، العدد الثامن ، ١٣٩٧هـ) ، ص ٥٧٧.
(٣) المرجع السابق ، ص ٥٧٧.

بالذكر في الفقه الإسلامي النظام العام والآداب ، كما هو الحــال في القانــون، ثم يختم رأيه بأن الشريعة الإسلامية في الأصل كلها نظام عام ؛ وهذا أمر طبعي في شريعة نزلت من السماء ترسم للمسلم سلوكه؛ إيجاباً وتحريماً وندباً وكراهة وإباحة (١) .

وأرى أن الرأي الأول لو أظهر فروقاً لفكرة النظام العام في الفقه عنها في القانون لما كان بحاجة لمثل هذا التوضيح من الرأي الثاني ، كما أن الرأي الثاني وإن أشار أن للشريعة نظاماً عاماً، إلا أنه لم يحدد خصائص مميزة لفكرة النظام العام في الفقه التي يترتب على مخالفتها بطلان التصرف ، والتي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على خلافها، وبالتالي فهو لم يضع قاعدة لمفهوم هذه الفكرة في الفقه الإسلامي .

الرأي الثالث :

يرى عماد البشري : أن النظام القانوني الإسلامي ليس بحاجة إلى ابتداع فكرة كالنظام العام، حيث لم يكن محتاجاً لابتداعها، كي تلعب دور المقيد والمحدد لسلطان الإرادة، وهي بصدد التصرفات الشرعية ؛ لأن القيد وارد ابتداء ، والحد معين شرعاً ، والنسبة إلى الله تعالى في آثار التصرف مقطوع بها . ومن ثم فليس هناك حاجة لإيجاد آليات تقييد خارجة عن نسق التكوين الداخلي للتصرف للحد من غلوائه ؛ لأن تلك الغلواء غير واردة في التصور الشرعي الإسلامي، كما أنه من غير الوارد وجود آثار قانونية تناقض مقتضى النظام الشرعي ؛ لكون الآثار إنما تترتب بجعل من الله تعالى، فلا يتصور إمكان ترتب آثار تناقض أحكام الله وهو ــ سبحانه ـ المنزه عن أن يرتب آثاراً تخالف أحكامه (٢) .

ويرى أيضاً: إن الفقه الإسلامي ومهما اجتهد فيه لتخريج أحكام كلية وهو أهل لهذا التخريج ، يُرد دوماً إلى القواعد المنزلة بنصوص الكتاب والسنة، ومن ثم فهو ينطوي على قطعيات، ليس لها نظير منهجي في الفكرية الوضعية، ألا وهي القطعيات النصيِّة ، وهذه القطعيات ثابتة وقائمة دون إمكان تعديلها أو تغييرها مهما استطال الزمن، وتبدلت الأحوال ، وتغيرت الأمكنة ، وهو مستوى لا نظير له بفكـرة النـظام العـام الوضعية . ولو كان هناك تغير في الأمور الاجتهادية حسب افتراق مذهب

---

(١) عبد البر ، محمد زكي : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي ، ص ٥٧٧ وما بعدها .

(٢) البشري ، عماد طارق : فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق ، (رسالة دكتوراه في القانون من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنـان ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٦هـ)، ص ٢٢٠.

لآخر؛ إنما هو ترجيح لرأي على آخر ، مما تسعها النصوص المنزلة [1] .

ويصل هذا الرأي إلى نتيجة مؤداها ؛ إن من العسير إسباغ وصف فكرة النظام العام على المرجعية الشرعية الإسلامية؛ نظراً لوجود اختلافات بينها وبين فكرة النظام العام الوضعية [2] .

وأرى أنه لا يُمكن بحال من الأحوال نفي فكرة موجودة أصلاً في الفقه الإسلامي ؛ لمجرد بروزها في القانون على أنقاض مختلفة عنها ، إذ الأمر ببساطة يحتاج إلى إظهار قاعدة لها وخصائص تميزها عما هو موجود في القانون دون الحاجة لنفيها ، فهذا الرأي لا يستقيم مع واقع الحال، فلا يلتفت إليه .

الرأي الرابع :

وهو رأي لأحد المحدثين من الفقهاء، وهو(الشيخ عبد الوهاب خلاف)، حيث يرى :أن المقصود بالنظام العام ؛ هو أن كل حكم لا يُباح للأفراد أن يتفقوا على مخالفته، والأساس الذي يُبنى عليه الحكم أنه من النظام العام في التشريع الإسلامي، هو الدليل الذي دل على الحكم . فكل حكم دل عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة فهو من النظام العام، ولا تجوز مخالفته، ولا يُباح للأفراد والجماعات أن يتفقوا على خلافه بأي صورة من الصور[3] . ومثل هذا : الحكم الذي أجمع عليه المسلمون كافة ولم يُعرف بينهم اختلاف فيه أو عمل بما يُغايره ، وذلك لأنه إذا ورد نص في القرآن ودل الشارع على المراد منه دلالة قاطعة، ولم يترك لمجتهد أو قاض مجال للاجتهاد فيه؛ فإن في هذا دلالة على أن الشارع قصد هذا الحكم بعينه من كل مكلف. ومثله : الحكم الثابت بسنة متواترة قطعية الدلالة، مثل : كيفية الصلاة والحج ، والحكم الثابت بإجماع المسلمين . فكل هذه أحكام من النظام العام، ولا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والبيئات. وتعد مخالفتها خروجاً عن النص القطعي وإجماع المسلمين [4] .

والأحكام الشرعية التي تعتبر من النظام العام بحسب أدلتها الشرعية لا يسوغ للقاضي الشرعي أن يقضي بما يخالفها؛عملاً بالقاعدة الأصولية < لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح قطعي > [5] .

---

(١) البشري ، عماد طارق : فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق ، ص ٢٤٨ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص٢٤٩.

(٣) خلاف ، عبد الوهاب : تفسير النصوص القانونية وتأويلها ، (بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد تصدر من كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، الجيزة مصر ، العدد الثاني ، ١٩٤٨م)، ص ١٨٦.

(٤) المرجع السابق ، ص ١٨٦ وما بعدها .

(٥) المرجع السابق، ص ١٨٧.

وجميع المجتهدين هم في محيط دائرة اجتهادية أساسية واحدة ، وتجمعهم أسس تشريعية واحدة ، مهما تباينت بلادهم وبيئاتهم واختلفت وجهات نظرهم ، فلا يوجد بينهم اختلاف أساسي ، ولا يقر أي واحد منهم ما يخالف نصاً في القرآن أو السنة أو ما يصطدم مع مبدأ مقرر فيهما (١) .

وأرى أن هذا الرأي قد وضع إطاراً أو قاعدة لمفهوم النظام العام في الفقه الإسلامي، وهو أن كل حكم دل عليه نص قطعي الثبوت والدلالة؛ فهو من النظام العام ، سواء أكان النص من الكتاب أو السنة، وكذا إجماع المسلمين فيما لم يُعرف لهم مخالف . هذا الإطار يتميز بالثبات؛ فلا تختلف أحكامه حتى لو اختلفت الأزمنة أو الأمكنة أو البيئات .

الرأي الخامس :

ذهب أحد الباحثين إلى القول: إن حق الله تعالى هو الذي يمثل دائرة النظام العام في التشريع الإسلامي ؛ ولكن مرتبة النظام العام أخص من مرتبة حق الله تعالى، وذلك لأن حقوق الله تعالى ليست على درجة واحدة ؛ بل هي درجات متفاوتة بعضها يتعلق بالنظام العام ، وبعضها ليست كذلك فالمندوب والمكروه مثلاً : من حقوق الله تعالى إلا أنها ليست متعلقة بالنظام العام (٢) .

وبمعنى آخر فالأحكام المتعلقة بالنظام العام هي حقوق الله تعالى ، وليس جميع حقوق الله تعالى من النظام العام (٣).

وقد استند صاحبه لما أشار إليه الإمام الشاطبي من وجود فرق بين حقوق الله تعالى من حيث قوتها وإلزاميتها، حيث يقول : " إن حقوق الله ليست على وزن واحد في الطلب ، فمنها ما هو مطلوب حتماً ، كالقواعد الخمس وسائر الضروريات المراعاة في كل ملّة ، ومنها ما ليس بحتم كالمندوبات " (٤) .

فالنظام العام إذن؛ يتعلق بالأمور التي لا خيرة فيها للمكلف، أي أن طلبها من المكلف طلب إلزام وحتم ، وأمَّا التي ليست كذلك، أي أن طلبها ليس بحتم فليست من النظام العام ، ولذلك لا يجوز الخلط بين النوعين؛ لأنه يُؤدي إلى زوال الفروق بينها، رغم أن لكل منها طبيعته الخاصة وآثاره(٥) .

---

(١) خلاف ، عبد الوهاب : تفسير النصوص القانونية وتأويلها ، ص ١٨٧.
(٢) القراله ، أحمد ياسين : النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ،ص٣٨.
(٣) المرجع السابق ، ص ٣٨.
(٤) الشاطبي ، إبراهيم موسى : الموافقات ، تحقيق مشهور حسن آل سلمان ، (دار عفّان ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١هـ) ، جـ ٣ ، ص ٥٦١.
(٥) القراله ، أحمد ياسين : النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ،ص٣٨.

ويستند هذا الرأي أيضاً على ما أوضحه الإمام الشاطبي بقوله :
" الواجبات لا تستقر واجبات إلا إذا لم يسوِّ بينها وبين غيرها من الأحكام، فلا تترك ولا يسامح في تركها البتة ، كما أن المحرَّمات لا تستقر كذلك إلا إذا لم يسوِّ بينها وبين غيرها من الأحكام ، فلا تُفعل ولا يسامح في فعلها ....." (١) .

وخلاصة القول لهذا الرأي ؛ إن الأحكام المتعلقة بالنظام العام،هي تلك الأحكام الشرعية التي ينطبق عليها وصف الحتم والإلزام، وهي الواجب والمحرَّم ، أما بقية الأحكام فهي وإن كانت متعلقة بحق الله تعالى ، إلا أنها ليست من النظام العام (٢) .

وبناء لذلك عرَّف الأحكام المتعلقة بالنظام العام في التشريع الإسلامي بأنها : " الأحكام الشرعية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو إسقاطها أو تعديلها أو الاتفاق على خلافها؛ لأنها تتعلق بالمقاصد الأساسية للشريعة الإسلامية " (٣) .

وأرى أن هذا الرأي يتفق مع رأي الشيخ عبد الوهاب خلاف، إلا أنه أضاف بعداً آخر، وهو تعلقها بمقاصد الشريعة الإسلامية الأساسية؛ لأن استقراء الشريعة يدل على أن حفظ مقاصدها من القطعيات (٤) .

ثانياً : الخصائص المميزة للنظام العام :

يمكن استخلاص خصائص لفكرة النظام العام من الآراء السابقة ، وذلك على النحو الأتي :

١ـ يتميز النظام العام في الشريعة بإطار أو فلك ثابت،لا يتغير بتغير الزمان ولا المكان ولا الأحوال أو الظروف . وهذا يكمن معياره في كل حكم دل عليه نص صريح من الكتاب أو السنة قطعي الثبوت والدلالة . ويلحق به كل حكم أجمع عليه المسلمون كافة، ولم يعلم بينهم اختلاف فيه. وهذا يحقق طاعة الله سبحانه وتعالى في عدم مخالفته ومخالفة رسوله .

وهناك إطار قد يثبت بزمان أو مكان ، وقد يتغير تبعاً لاختلافهما أو اختلاف الظروف أو الأحوال . وهذا الشق المرن أو المتغير يدور في فلك الشق الثابت ولا يستطيع الخروج عنه، وهو ما يتحقق في طاعة ولي الأمر وما يصدره من أنظمة لتنظيم شئون رعيته بما لا يتعارض مع طاعة

---

(١) الشاطبي ، إبراهيم موسى : الموافقات في أصول الشريعة ، جـ ٤ ، ص ١٢٤.
(٢) القراله ، أحمد ياسين : النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ،ص٣٩.
(٣) المرجع السابق ، ص ١٦.
(٤) انظر في نفس المعنى :
الشاطبي ، إبراهيم موسى : الموافقات في أصول الشريعة ، جـ ١، ص ١٨ ، ١٩ ، ١٠٨.

الله عز وجل . فما يراه ولي الأمر في هذا الزمن قد لا يراه غيره في زمن أو مكان آخر . وهذا التنظيم يستمد قواعده وأحكامه من حق ولي الأمر في إصدار الأنظمة وتقييد المباح ؛ لأنه منوط به تحقيق مصلحة الرعية [١].

٢ـ لم يكن اهتمام الشريعة بالنظام العام وليد الظروف الطارئة، وإنما كان اهتماماً نابعاً من طبيعة التشريع الإسلامي نفسه [٢] .

٣ـ المقصد الأساسي للنظام العام في الشريعة،هو طاعة خالق الكون فيما أمر به واجتناب ما نهى عنه . ويترتب على هذه الطاعة حماية مقاصد الشريعة والمحافظة عليها وصيانتها من الإخلال بها أو الاعتداء عليها [٣].

٤ـ الأحكام الشرعية المتعلقة بالنظام العام شاملة لجميع جوانب الحياة المختلفة، سواء أكانت دينية أو سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو قضائية وغيرها،فهي ليست مقتصرة على جانب معين، ولم تستثن جانباً محدداً [٤].

ثالثاً : النظام العام في مجال فقه المرافعات :

للنظام العام دور بارز في مجال فقه المرافعات ، فمن ذلك أن لولي الأمر أن يولي أحد القضاة على نوع من القضايا، كأن يجعله في المداينات خاصة أو يوليه النظر في قدر من المال نحو أن يقول : وليتك في المائة وما دونها[٥] .

وهذا ما يسمى الاختصاص القضائي، وهو أنواع : منه ما يقصد به إراحة بعض الخصوم ويُسمى الاختصاص المكاني ، فهذا يتعلق بمصلحة خاصة ليس من قبيل النظام العام [٦]. ومنه ما يسمى الاختصاص الولائي وكذا الاختصاص النوعي ، وهذا يتعلق بالنظام العام ؛ لأن الداعي إلى ذلك هو المصلحة العامة ، فهو حق عام يقرره ولي الأمر، ومن ثم لا يجوز للقاضي مخالفة ولي الأمر بنظر قضايا خارجة عن دائرة توليته ، كما لا يحق للخصوم الاتفاق على خلافها [٧] .

ومن ذلك أيضاً القواعد الخاصة بعدم صلاحية القاضي والرد والتنحي سواء أكان بيّنه وبين أحد الخصوم علاقة من قرابة أو صداقة أو عداوة أو

---

(١) الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل الفقهي العام ، جـ ٢ ، ص ٢١٧.
(٢) القراله ، أحمد ياسين : النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ،ص١.
(٣) المرجع السابق ، ص ٥٤.
(٤) انظر: ص ٢٣٥.
(٥) ابن قدامة ، عبد الله أحمد : المغني ، جـ ١٤، ص٨٩.
(٦) المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوى القضائية ، ص ٦٢.
(٧) المرجع السابق ، ص ٧٩.

إن كان للقاضي مصلحة تعود عليه بالنفع من جراء الحكم الذي سيقضي به[١] ، فمثلاً لا يجوز للقاضي، " قضاؤه بشيء لنفسه ، ولا لولده ونوافله من قبل الرجال والنساء ، ولا لأبويه وأجداده من قبلهما ، ولا لزوجته ، ولا لمكاتبه ومماليكه " [٢] ؛لأن هذه القواعد تشكل ضمانة للعدالة ودرءاً بالقاضي عن مواطن الشبهات وحفظاً لمكانة القضاء . فالمصلحة هنا عامة وليست خاصة ، وبالتالي فهذه القواعد تتعلق بالنظام العام الإجرائي في فقه المرافعات ، فلا يحق للقاضي مخالفة ذلك ، ويترتب على حكمه البطلان فيما لو خالفها ، كما لا يحق للخصوم الاتفاق على ما يخالفها [٣] .

ومن ذلك أيضاً احترام حقوق الدفاع في منحهم الفرصة الكافية للإدلاء بحججهم في مجلس القضاء ؛ فهو أمر مقرر عند الفقهاء . ولو طلب أحد الخصوم إمهاله ؛ لتحضير حجته ، يُجاب إلى طلبه على وجه لا يضر بخصمه ؛ حتى يعجزه القاضي فيكون أبلغ للعذر وأجلى للعمى [٤] .

إضافة إلى أن القضاء لم يُوضع إلا لفصل الخصومات وقطع المنازعات[٥] ، واحترام حقوق الدفاع ليس إلا من أجل تحقيق العدل بين الخصوم والفصل بين الخصومات ، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يحكم دون تمكين صاحب الشأن من أن يُقدم دفاعه ؛ لتعلق هذه الحقوق بالنظام العام .فلو حكم القاضي بحكم مخالف لنص من الكتاب أو السنة أو الإجماع فإن حكمه يُنقض ؛ لتعلقه بالنظام العام في وجوب طاعة الله وطاعة رسوله وأولي الأمر [٦] .

وهناك قواعد أخرى وضعها الفقهاء لا يسع المقام لسردها، مثل: المساواة بين الخصوم ، وكيفية نظر الدعوى وغيرها مما يتعلق بعضها بالنظام العام وبعضها الآخر لا يتعلق بالنظام العام ، فكتب الفقه تزخر بمثل هذه المواضيع ذات الصلة .

رابعاً : النتائج المترتبة على مخالفة النظام العام في فقه المرافعات:

أورد الفقهاء بعض الجزاءات على مخالفة قواعد فقه المرافعات الشرعية المتعلقة بالنظام العام، مثل : بطلان حكم القاضي فيما لو خالف

---

(١) لمن يريد الاستزادة حول آراء الفقهاء ومناقشة أقولهم وأدلتهم والترجيح بينها في هذه المسألة ؛ يمكن الرجوع إلى :
شموط،حسن تيسير : العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية ، ص ١١١: ١٢٨
(٢) السرخسي ، شمس الدين : المبسوط ، جـ ١٦ ، ص ١٠٧.
(٣) المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوى القضائية ، ص ١٦٦، ١٧٠.
(٤) السرخسي ، شمس الدين : المبسوط ، جـ ١٦ ، ص ٦٣
(٥) ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : البحر الرائق ، جـ ٦ ، ص ٢٧٧.
(٦) ابن قدامة ، عبد الله أحمد : المغني ، جـ ١٤، ص٣٤.

حكمه نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع [١].

وجزاءاً آخر ، مثل : عدم القبول أو عدم السماع ، فيما لو فقدت الدعوى أحد شروطها التي لا يمكن تصحيحها [٢].

ويمكن إبراز النتائج المترتبة على مخالفة النظام العام الإجرائي في الآتي:

١ـ التصدي من قبل القاضي بإثارة الدفع المتعلق بالنظام العام وعدم انتظار إثارته من المدعى عليه، وذلك في أي مرحلة تكون عليها الدعوى.

وهذا مُستفاد من إلزام الفقهاء للقضاة؛ بتفحص شروط قبول الدعوى وسماعها .

٢ـ يجوز لأي من الخصوم التمسك بإثارة هذا الدفع أمام المحكمة في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

٣ـ لا يجوز للقاضي مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام الإجرائي، كما لا يجوز لأي من الخصوم الاتفاق على ما يُخالف هذه القواعد .

مدى علاقة الدفع بعدم القبول بالنظام العام الإجرائي:

وضع الفقهاء شروطاً لقبول الدعوى وسماعها، وأوجبوا على القاضي فحص هذه الشروط عند إقامة الدعوى من المدعي . فإن وجد ما يخالف هذه الشروط ويمكن تصحيحها أمر بتصحيح ما يلزم، وإن لم يكن الحال كذلك لا يسمعها أي أنه يحكم بعدم قبولها ، بمعنى أنها غير صالحة لنظر الدعوى لتخلف شرط من شروط قبولها .

والدفع بعدم القبول له علاقة وثيقة بالنظام العام الإجرائي، فالقاضي لا يمكنه مثلاً قبول دعوى ضد شخص لا صفة له في الدعوى، أو أن المدعي ليس له مصلحة من وراء إقامتها .

وأرى أن شروط قبول الدعوى التي أوردها الفقهاء؛ تمثل نصاً يتوجب على القاضي الالتزام بها ، وتخضع لتقديره فيما يُعد من النظام العام الإجرائي الذي لا يُمكن مخالفته، وفيما لا يُعد كذلك مما يقتضي منه تصحيح الدعوى .

---

(١) ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد : المغني ، جـ ١٤، ص٣٤.

(٢) العيني ، محمود بن أحمد : البناية في شرح الهداية ، جـ ٨ ، ص ٣٨٩.
ابن فرحون ، إبراهيم بن علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٠٨.

المطلب الثاني

الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في النظام

أعرض لفكرة النظام العام في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ثم علاقة الدفع بعدم القبول بها، وذلك وفق النقاط التالية :

أولاً : مفهوم فكرة النظام العام :

لم أجد في أنظمة المملكة العربية السعودية تعريفاً للنظام العام، وهذا أمر موجود في أغلب قوانين الدول؛ لكي تترك المجال للفقه التفسيري الذي اعتاد شراح القوانين والأنظمة القيام به.

وبالنظر لمواد النظام الأساسي للحكم، فإن المادة الأولى تنص على أن: " المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولغتها هي اللغة العربية، وعاصمتها مدينة الرياض " (١).

وتنص المادة السابعة منه على أنه : " يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة " (٢).

وتنص المادة الثامنة والأربعون منه على أن : " تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة (٣).

ونستنتج مما سبق أن فكرة النظام العام في المملكة العربية السعودية تتكون من جزء أساسي يتميز بالثبات الدائم، وهو النص الشرعي قطعي الثبوت والدلالة، سواء أكان مصدره الكتاب أو السنة ويلحق به إجماع المسلمين فيما لا يعرف لهم مخالف . فهذا لا يجوز الخروج عليه ، وبالتالي أي مخالفة لهذا النص الشرعي، تعني مخالفة النظام العام الذي تقوم عليه الدولة. وأي نظام يخالف النص الشرعي؛ يترتب عليه البطلان لمخالفته للنظام العام .

---

(١) انظر المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ / ٩٠ وتاريخ ٢٧/ ٨ / ١٤١٢هـ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

هذا الثبات لا يمكن أن يتغير لا بتغير الزمان ولا المكان ولاحتى الظروف لأي دولة تطبق الشريعة الإسلامية وتستمد دستورها من الكتاب والسنة .

والجزء الثاني لفكرة النظام العام يتميز بالثبات المؤقت، وهو ما يتعلق بالأنظمة التي يصدرها ولي الأمر . هذه الجزئية تكون ثابتة حال سريان الأنظمة، ولا يمكن تعطيلها أو وقفها أو إلغاؤها إلا بأمر من ولي الأمر؛ عندما يرى أن المصلحة العامة التي تعود بالفائدة على المجتمع تقتضي تغيير بعضٍ من موادها، أو استبدالها بأنظمة أخرى . هذا الجزء يتميز بالمرونة والقابلية للتطور والتغير؛ تبعاً لما يراه ولي الأمر؛ شريطة أن تكون المرونة أو الثبات المؤقت تدور في فلك الثبات الدائم المستمد من النص الشرعي من الكتاب أو السنة ، بمعنى أن أي أنظمة تصدر يجب ألا تتعارض مع النص الشرعي .

ويتضح مما ذكر أن فكرة النظام العام في نظام المملكة العربية السعودية لا تخرج عن فكرة النظام العام في الفقه الإسلامي .

وعليه يمكن تعريف النظام العام بصفة عامة بأنه : جميع الأنظمة والقرارات التي تصدر من ولي الأمر أو من ينيبه الخاصة بتحقيق الصالح العام للدولة والمجتمع على حد سواء، والتي لا تتعارض مع نص شرعي صريح قطعي الثبوت والدلالة من الكتاب أو السنة أو إجماع المسلمين فيما لا يُعرف لهم مخالف .

ثانياً : فكرة النظام العام في نظام المرافعات:

فكرة النظام العام لها وجود قوي في نظام القضاء وما يتعلق به من أنظمة، مثل : نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية .

فقد نصت المادة الرابعة من نظام القضاء على أنه : " مع عدم الإخلال بحكم المادة الثامنة والستين من هذا النظام ،لا تجوز مخاصمة القضاة ـ بسبب أعمال وظيفتهم ـ إلا وفق الشروط والقواعد الخاصة بتأديبهم " (١)

هذه المادة تتعلق بالنظام العام ، ولذا لا تجوز مخاصمة القضاة إلا وفق ما نص عليه النظام من قواعد خاصة بتأديب القضاة، والتي أوضحها الفصل الخامس من نظام القضاء(٢) .

---

(١) انظر المادة (٤) من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٧٨ وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ .

(٢) انظر المواد من ٥٨: ٦٨ من نظام القضاء نفسه .

ونظام المرافعات الشرعية أشار في بعض مواده التي يُفهم منها أن الغرض الأساسي من وضعها، هو تنظيم الحماية القضائية للحقوق التي تمس المصلحة العليا للمجتمع، وبالتالي فهي تتعلق بالنظام العام حتى ولو كانت تمس في نفس الوقت المصلحة الخاصة للأفراد ؛ لأن المصلحة العامة وسبل مراعاتها مقدم على المصلحة الخاصة للخصوم . وهذا لا يعني أنه لا توجد مواد أخرى لا تمس المصلحة الخاصة لأطراف الدعوى، فنظام المرافعات لم يوضع أصلاً؛ إلا لتنظيم طرق رفع الدعاوى وكيفية نظرها وإصدار الأحكام وتنفيذها بما يشمل المصلحة العامة أو الخاصة .

ومن المواد التي تتعلق بالنظام العام على سبيل المثال مايلي :

١ـ المادة الثانية والسبعون التي نصت على أن : " الدفع بعدم الاختصاص النوعي، أو الدفع به بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم سماع الدعوى تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى " .

هذه المادة جمعت بين مجموعة من الدفوع المتباينة في الطبيعة، مثل: الدفع بعدم الاختصاص النوعي كدفع شكلي ، والدفع بعدم القبول وبعض أنواعه التي ليست على سبيل الحصر، ولكن يوجد بينهما قاسم مشترك يتمثل في كونها من الدفوع المتعلقة بالنظام العام .

ورتبت هذه المادة نتائج على مخالفة النظام العام الإجرائي وهي :

أ ـ تحكم المحكمة بهذه الدفوع من تلقاء نفسها، دون أن تنتظر إثارتها من قبل الخصوم .

ب ـ التمسك بالدفوع المتعلقة بالنظام العام في أي مرحلة تكون عليها الدعوى .

ج ـ يجوز لأي من الخصوم التمسك بهذه الدفوع . وتمسك أي منهم بها ليس في واقع الأمر إلا تنبيهاً للقاضي للقيام بواجبه الذي كان عليه أن يقوم به دون أن ينبهه الخصم إلى ذلك (١) .

دـ إضافة إلى أنه لا يحق للخصوم الاتفاق على ما يخالف قواعد النظام العام الإجرائي، كأن يتفقوا مثلاً على أن ينظر ديوان المظالم في دعوى ليست من اختصاصه.

---

(١) دويدار ، طلعت محمد وأخر : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي، ص ٣٦٠ وما بعدها .

٢ـ حالات عدم الصلاحية الحتمية، وهي المتعلقة بمنع القاضي من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم، وقد حددتها المادة التسعون من نظام المرافعات وهي :

" يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد من الخصوم في الأحوال الآتية :

أ ـ إذا كان زوجاً لأحد الخصوم أو كان قريباً أو صهراً إلى الدرجة الرابعة.

ب ـ إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته .

ج ـ إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم، أو وصيَّاً، أو قيِّماً عليه، أو مظنونة وراثته له، أو كان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيّم عليه، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم.

د ـ إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصيّاً أو قيّماً عليه ـ مصلحة في الدعوى القائمة .

ه ـ إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو مُحَكّماً ، أو كان قد أدى شهادة فيها، أو باشر إجراءً من إجراءات التحقيق فيها " .

وبيّنت المادة الحادية والتسعون من النظام نفسه الآثار المترتبة فيما لو نظر القاضي الدعوى مخالفاً لأي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (٩٠) بأن يقع عمله باطلاً ولو تم باتفاق الخصوم ، وإذا وقع البطلان في حكم مؤيد من محكمة التمييز جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام قاض آخر .

هذه الحالات السالفة الذكر وردت على سبيل الحصر، ومن ثم لا يجوز التوسع في تفسيرها ولا القياس عليها؛ وذلك لأنها تأتي كاستثناء على أصل عام، هو صلاحية القاضي للفصل في كافة الدعاوى التي تدخل في اختصاصه [١] .

ومتى توفرت حالة من الحالات السابقة يُمنع القاضي من سماعها بقوة النظام دون أن يتوقف ذلك على إرادة الخصوم؛ لأن هذه الحالات لها مساس بمكانة القضاء وسمعته، ولها ارتباط بفكرة العدالة المنشودة،

---

(١) دويدار ، طلعت محمد وأخر : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي، ص ٤٥٥ وما بعدها .

لما لخطورة العيب الذي يلحق بالحكم القضائي من قاض غير صالح لنظر الدعوى ، ولحفظ نظام العدالة والقضاء بما يحقق الحيدة والنزاهة للقضاة كانت فكرة النظام موجودة في هذه المادة .

مدى علاقة الدفع بعدم القبول بفكرة النظام العام:

نصت المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي على أنواع من دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام، وهي ليست على سبيل الحصر كالدفع لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الدفع بعدم سماع الدعوى .

ومنح المنظم القاضي في هذه المادة فرصة الاجتهاد في بقية أنواع دفوع عدم القبول لتقدير ما يُمكن أن يكون من النظام العام من عدمه.

وأرى بناءً لذلك أن تطبيق ما إذا كان الدفع بعدم القبول متعلقاً بالنظام العام من عدمه من قبل القاضي يعود لأمرين :

الأول : هو وجود النص . فإذا وجد النص من المنظم بما يوحي أنه يتعلق بالنظام العام لا يتردد القاضي في تطبيقه .

الثاني : حالة عدم وجود النص من المنظم. وهذا متروك الاجتهاد فيه للقاضي لتقدير ما يُمكن أن يكون من النظام العام من عدمه ؛ وهذا مستوحى من خلال ما رمى إليه عجز المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

المطلب الثالث
الدفع بعدم القبول وفكرة النظام العام في القانون

تمهيد :

" فكرة النظام العام من الأفكار المحورية التي يرتكز عليها النظام القانوني كله ، فهي ذات وظيفة لا غنى عنها لأي نظم قانوني وضعي . فمن الوجهة المباشرة تقوم في مجال التصرفات القانونية بضبط الإرادات باعتبارها حداً عليها ، فتحد الإرادة الفردية حدها الإرادات الجمعية، بل وإرادة الدولة ذاتها ." [1] .

وتظهر محورية فكرة النظام العام، في الاحتياج الحيوي لها بكل النظم القانونية المعاصرة، باعتبارها آلية من آليات الارتكاز القانوني التي تمكن المنظومة القانونية من الاضطلاع بالمهام الموكولة إليها، مما هيئ لهذه الفكرة وجوداً دائماً مستقراً بجل فروع القانون إن لم يكن بكلها [2] .

على أن هذه الفكرة ليست فكرة قانونية خالصة، ابتدعها علم القانون فانحصرت فيه وتقوقعت داخله، بل نجدها خارج عالم القانون بين العلوم الإنسانية المختلفة، حيث تقع في منطقة التماس بين علم القانون والاجتماع والاقتصاد .. ، فهي مفصل لربط هذه العلوم بعضها ببعض باعتبارها من إحدى قوى التأثير داخل المجتمع والدولة [3] .

وتوصف هذه الفكرة في وضعها المعاصر؛ بأنها صمام أمان حافظ لأي نظام اجتماعي مما قد يهدد أسسه ويقوض أركانه ، فضلاً عن كونها الغطاء الشرعي لدفع حركة المجتمع تحقيقاً لأهدافه [4].

وفكرة النظام من الأفكار التي تستحق البحث والتقصي إلا أن ذلك ليس هو موضوع بحثي، ولذلك سأقتصر على بحث بعض النقاط التي تسهم في تبسيط هذه الفكرة في القانون من أجل بحث علاقتها بالدفع بعدم القبول، وذلك وفقاً للنقاط التالية :

أولاً : تعريف النظام العام وعلاقته بالقانون:

تعد هذه الفكرة من الأفكار المستعصية على التعريف الدقيق؛ ولعل تلك الصعوبة تُعزى إلى نسبيتها ومرونتها، فهي فكرة تختلف باختلاف الزمان والمكان، بل والأحوال، تتأثر بشكل مباشر بوجهة النظر الجمعية

---

(١) البشري ، عماد طارق : فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق ، ص ١٣.
(٢) المرجع السابق ، ص ١٩.
(٣) المرجع السابق ، ص ١٩.
(٤) المرجع السابق ، ص ١٩.

إلى القانون ووظيفته وإلى الدولة ومهمتها [١] . وذلك حسب الأيدلوجية الفلسفية الحاكمة لهذا المجتمع أو ذا ك . فما يعد في زمن معين من النظام العام قد لا يعد كذلك في زمن آخر في ذات المكان. فنظام الرّق الذي لم يكن مخالفاً للنظام العام في مصر في النصف الأول من القرن التاسع عشر غدا مخالفاً له في نصفه الثاني[٢].وكذلك ما يُعد في دولة ما من النظام العام قد لا يعد منه في دولة أخرى بنفس الفترة الزمنية. فنظام تعدد الزوجات الذي لا يخالف النظام العام في الدول الإسلامية؛ يعتبر مخالفاً للنظام العام في الدول الأوربية [٣] . كما أن مضمون فكرة النظام ذاتها يتراوح بين الضيق والاتساع تبعاً للمذهب العقدي، وبالتالي السياسي السائد لدى الجماعة؛ فحيث يسود المذهب الفردي تضيق فكرة النظام العام مقتصرة على قواعد أساسية، وحيث يغلب المذهب الاشتراكي تتضخم وظيفة الدولة مما يؤدي لاتساع دائرة النظام العام فيها [٤]. كذلك تُعزى المرونة وتلك النسبية إلى الاستخدامات المختلفة للفكرة ذاتها، فهي وإن كانت تستخدم في محصلتها النهائية؛ لإبراز كليات الجماعة الثابتة التي لا يجوز مخالفتها أو غض الطرف عنها أو العدوان عليها، سواء بالاتفاق على خلافها أو نحو ذلك ، إلا أن هذه المهمة تتباين مظاهرها من فرع قانوني إلى فرع آخر، فهي تعد ضابط التمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة (المفسرة). وهي أداة لحل التنازع بين القوانين في الزمان والمكان، سواء لتغليب قانون جديد على آخر قديم بخصوص الأعمال التي تمت في ظل القانون القديم، أو لتغليب القانون الوطني على آخر أجنبي بخصوص المسائل التي تقتضي قواعد القانون الدولي الخاص بتطبيق القانون الأجنبي عليها [٥]. فضلاً عن أنها أداة مهمة في يد القاضي؛ لفحص مشروعية العمل للقضاء بإبطاله إن وجده مخالفاً لها [٦] .

ويعزي بعض الباحثين وفقهاء القانون أن فكرة النظام العام فكرة غامضة إلى حد كبير، برغم استخدامها أساساً لجانب كبير من النشاط الإداري والقضائي معاً ؛ فقد يعني النظام العام أحياناً الترتيب المتناسق

---

(١) مرقص ، سليمان : مدخل للعلوم القانونية ، (دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢م) ، ص ٧٨.

(٢) حسن ، علي سيد : مدخل إلى علم القانون ــ الكتاب الأول ـ نظرية القانون ، (دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨٣م)، ص ١١٥.

(٣) المرجع السابق ، ص ١١٥.

(٤) المرجع السابق ، ص ١١٦.

(٥) مرقص ، سليمان: مدخل للعلوم القانونية ، ص ٧٨.

(٦) البشري ، عماد طارق : فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق ، ص ٢٢.

للحياة الاجتماعية وغياب الاضطرابات المهددة لأمن الجماعة . وقد يعني أحياناً أخرى القواعد التي يجب على الإدارة الالتزام بها، أو تلك القواعد القانونية الملزمة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها [١]. وسواء أكان الأمر يتعلق بالنشاط الإداري أو بالنشاط القضائي، فإن النظام العام يتمحور حول ترجيح تنظيم قانوني معين يقيد الحريات العامة للأفراد أو يحد من سلطة الإدارة أو ينتقص من مبدأ سلطان الإدارة [٢] .

وتُعرَّف بأنها : " فكرة قانونية تهدف إلى المحافظة على الأسس والقيم التي يقوم عليها المجتمع، وهي فكرة متطورة لارتباطها بفكرة القانون الذي يتطور بتطور المجتمعات التي ينظمها " [٣] .

ونتيجة لهذا الارتباط بين النظام العام والقانون كان المقنن الوضعي، هو المصدر الأساسي لتحديد النظام العام، وذلك عن طريق تنظيم بعض صوره وإسباغ الحماية القانونية عليه غير أن ذلك لا يعني أن فكرة النظام القانوني العام من خلق المقنن الوضعي وحده في كافة مجالات القانون فللقضاء دور بارز في هذا المجال أيضاً [٤] .

وعرَّفها أحد شراح القانون من زاوية تعلقها بمجال القانون الخاص بأنها : " الأساس السياسي والاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها أو بعبارة أخرى هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية " [٥] .

وعليه " فجميع القواعد التي تتعلق بالمصالح الأساسية للجماعة سواء أكانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية تعتبر قواعد آمرة لاتصالها بالنظام العام والآداب في المجتمع " [٦].

وقد اختلف الفقه القانوني حول الوجود القانوني للنظام العام، فمنهم من يُنكر وجود مفهوم قانوني للنظام العام؛ بسبب غموض فكرته ونسبيته وبعده عن المنطق أحياناً، فيقصرون مفهوم هذه الفكرة على أنها ليست إلا توجيهاً عاماً أو مبدأ أعلى، إلا أنه لا يمكن أن يكون مبدأ قانونياً؛ لأن

---

(١) بدران ، محمد محمد : مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري ، (دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، طبعة ١٩٩٢م) ، ص ٣.
(٢) المرجع السابق ، ص ٣.
(٣) المرجع السابق ، ص ٩.
(٤) المرجع السابق ، ص ٩.
(٥) مرقص ، سليمان : مدخل للعلوم القانونية ، ص ٧٧.
(٦) حسن ، علي سيد : مدخل إلى علم القانون ــ الكتاب الأول ـ نظرية القانون ،ص١١٥.

القانون يتطلب الدقة والتحديد، ولا يمكن تحقق ذلك في هذه الفكرة . بينما يذهب بعضهم إلى أن للنظام العام مفهوماً واقعياً وليس قانونياً، حيث إن النظام العام حالة في الواقع تقابلها الفوضى، وبذلك يكون مفهوم النظام العام إثبات حالة تفيد في توصيف موقف ساكن وهادئ ، ونظراً لارتباطه الشديد بالواقع وتقلبه مع الظروف فإنه لن يكون له قوام قانوني أو أي دوام جوهري . ومنهم من جعل من المستحيل وضع مفهوم قانوني للنظام العام؛لأنه متقلب وعائم، وهو لا يعدو أن يكون مجرد رأي وإحساس أكثر منه مسلمة علمية. ومنهم من أكد على أنه لا يمكن تحديده تحديداً قانونياً؛ إمَّا لأن النظام العام ليس سوى مصلحة اجتماعية مهما كانت الطريقة التي ندركه بها، أو بسبب اختلاط النظام العام بالمنفعة العامة أو بالتماثل بين النظام العام والخير العام . بينما يرى بعضهم أن النظام العام ليس سوى جانب من المصلحة العامة يكتسب منها طابعها الغامض والمبهم الذي يستعصي على التحديد القانوني الواضح . ويذهب بعضهم إلى أن التأكيد على الطابع الذاتي أو النسبي لمفهوم القاعدة القانونية التي نتعرف عليها في ثنايا النظام العام ؛ يؤدي إلى الخلط بين النظام العام والقاعدة القانونية، ومن ثم تستحيل دراسة مفهوم النظام العام بغير دراسة مفهوم القانون ذاته، مما يوسع من مفهوم النظام العام إلى المدى الذي يستحيل معه وضع ضوابط قانونية لتحديده [(١)].

والرأي الراجح في الفقه القانوني أن للنظام العام مفهوماً قانونياً. فإذا كان من سماته المرونة والنسبية؛ بسبب قوة التطور التي تحركه داخلياً وتشكل قوته، إلا أن هذه المرونة لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تستبعد كل تحديد قانوني له. وإذا كان ارتكازه على حركية كبيرة إلا أنه يستند إلى مبدأ التقارب. إذ أنه ينظم مختلف النشاطات ويرتب علاقاتها ويجعلها تتجه إلى هدف واحد، وهو حماية النظام الاجتماعي وتحقيق الانسجام في العلاقات الاجتماعية . كما أن رفض إدخال مفهوم فكرة النظام العام في علم القانون بسبب مرونته وحركيته، أو تركه غير محدد تحديداً قانونياً دقيقاً؛ إنما يعني تعقد مهمة القاضي من ناحية، وتشجيع التعسف الإداري من ناحية أخرى [(٢)].

والنظام العام حتى وإن لم نعترف له بمفهوم قانوني محدد، أو بطابع قانوني، جدير بأن يظل قائماً في الواقع، حيث إن أساسه العمل اليومي

---

(١) بدران ، محمد محمد : مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري ، ص ١٤: ١٦.

(٢) المرجع السابق ، ص ١٧.

للإدارة، وغالباً ما يستند إليه القاضي في أحكامه، ومن ثم فإن الإسهام في تحديده قانونياً يعني السعي قدماً نحو دولة القانون[1] .

ويستهدي النظام العام أساساً بفكرة السلطة العامة، حيث ينصب التأكيد على السلطة والضرورة الملحة لحماية المصالح الأساسية للمجتمع، وهو ما يستتبع وجود آثار قانونية تترتب عليه . إضافة إلى أن النظام العام يقوم على فكرة الأولوية حيث يسمح للمصلحة العامة أن تتصدر المصالح الخاصة، وعند التعارض بين المصالح العامة يسمح النظام العام بالترجيح بينها . كما أن النظام العام وسيلة فنية تدخل بواسطتها التيارات الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية إلى النظام القانوني؛ فتبث فيه التطور والتكيف . وأخيراً قد يكون النظام العام مصدراً منشئاً للقاعدة القانونية في الظروف الاستثنائية [2] .

وخلاصة ما ذكر فإن الوجود القانوني يتجسد للنظام العام في أربعة مظاهر، وهي :

١ـ يمثل النظام العام الحد الأدنى من الحماية للأسس التي تقوم عليه الجماعة .

٢ـ النظام العام رمز لقواعد قانونية معينة؛ تستخدم لحل المنازعات المتولدة عن المقتضيات المختلفة أو المتعارضة .

٣ـ يعتبر النظام العام هو: المنفذ الرئيس الذي تجد منه التيارات الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني لتبث فيه عناصر الجدة والحياة .

٤ـ قد يكون النظام العام مصدراً منشئاً لقاعدة قانونية في ظروف معينة[3].

ثانياً : معيار النظام العام ونسبيته:

معيار النظام العام هو: المصلحة العامة، وهي معيار موضوعي لا ذاتي .

ونسبيته : حيث لا يمكن تحديد دائرة النظام العام إلا في أمة معينة، وفي جيل معين [4] .

---

(١) بدران ، محمد محمد : مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري ، ص ١٧ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٨ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٩: ٢٤.

(٤) السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : الوسيط في القانون المدني ـ نظرية العقد ، (دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨١م) ، ص ٥٣٦.

ثالثاً : فكرة النظام العام في مجال قانون المرافعات:

إذا كانت كل قواعد القانون العام الداخلي تتعلق بالنظام العام؛لأنها تمس كيان الدولة السياسي والاجتماعي والاقتصادي، وتمس كيان الجماعة الخلقي، فإن الأمر ليس على هذا النحو دائماً في مجال القانون الخاص(١). ففي القانون الخاص تتعلق أكثر القواعد الشكلية بالنظام العام؛ نظراً لاتصالها بالنظام القضائي للدولة . ويبدو ذلك واضحاً في قانوني المرافعات والدولي الخاص . ففي قانون المرافعات يعتبر النظام العام قاعدة إجرائية يترتب البطلان على مخالفتها، أمَّا بالنسبة للقواعد الموضوعية يظهر النظام العام كقيد على حرية المتعاقدين، بحيث لا يجوز لهما الاتفاق على ما يخالفه . والقواعد الموضوعية في القانون الخاص ليست من طبيعة واحدة من حيث قوتها الملزمة، فهي تضم نوعين يختلف كل منهما عن الآخر، وهي القواعد الآمرة والقواعد المقررة، حيث يرى بعض الشراح أنه يمكن الاستدلال عنهما بوسيلتين، إمَّا بالاستعانة بألفاظ القاعدة التي تدل بكل وضوح وصراحة على جواز الاتفاق على ما يخالفها. وإمَّا بالاستعانة بفكرة النظام العام والآداب، حيث تعد القاعدة آمرة إذا تعلقت بهذه الفكرة (٢) .

والحقيقة أن جعل فكرة النظام العام معيار للتمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة غير مناسب، وذلك لأن مفهوم النظام العام لا يصلح أن يكون معياراً للتمييز بينها؛ لأن القواعد الآمرة ليست جميعها من النظام العام ، وإنما منها ما يتوقف شأنه عند حد الأمر أو النهي المتضمن فيه، دون أن يكون معبراً عن أي من كليات الجماعة أو أصول ارتكاز الدولة، وإنما القصد من تشريعها تغليب بعض المصالح الخاصة على غيرها من نفس نوعها . بينما قواعد النظام العام هي بالأساس تكاليف قضائية مقررة للصالح الجمعي العام أو الرسمي للجماعة أو الدولة (٣) .

وبالنظر إلى مدى تعلق قواعد المرافعات بالنظام العام فإن هذه القواعد ترمي إلى تنظيم الحماية القضائية للحقوق في مجال المعاملات الخاصة . وهي من هذه الناحية تمس كلاً من المصلحة العليا للمجتمع والمصلحة الخاصة لأفراده، فهي إذن تكفل احترام القانون وفرض سيادته واحترام الحقوق التي من شأنها تحقيق الاستقرار الاجتماعي، وتشيع الثقة والائتمان

---

(١) بدران ، محمد محمد : مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري ، ص ٢٨.

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٣) البشري ، عماد طارق : فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق ، ص ١٠٠.

فـي المعـاملات ممـا يعـود علـى المجتمـع بـالأمن والاسـتقرار فـي كافـة النواحي، ولكنها إذ تعمل في مجال المعاملات الخاصة ؛ فإنها تتمخض عن وسائل قانونية تهدف لحماية مصالح الخصوم [1] .

ولذا تتنوع هذه القواعد إلى قواعد متعلقة بالنظام العام أو المصلحة الخاصة حسب غلبة الاعتبار العام أو الخاص في الغاية المباشرة التي تستهدفها، حيث من المتفق عليه أنه يعد من النظام العام كل قواعد النظام العام والاختصاص الوظيفي والنوعي للمحاكم . بينما لا تعد كذلك قواعد الاختصاص المحلي باعتبارها تهدف إلى راحة بعض الخصوم، وكذلك أغلب القواعد المنظمة لأشكال إجراءات التقاضي لا تعد من النظام العام؛ لأنها تكفل للخصوم وسائل للدفاع عن حقوقهم الخاصة [2] .

وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض : إن القواعد التي تعتبر من النظام العام، هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصالح الأفراد الذين يجب عليهم مراعاة المصلحة العامة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية؛ لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة [3] .

وفكرة النظام إذن تلعب دوراً جوهرياً في نطاق علم القانون، فقواعد القانون الآمرة في غالبيتها العظمى تتعلق بالنظام العام، وحتى القواعد الآمرة التي لا تتعلق بالنظام العام مباشرة تنتهي بالوصول إليه . وقانون المرافعات يزخر بالقواعد التي تتعلق بالنظام العام، مثل: قواعد السلطة القضائية وتنظيم سبل التقاضي ودرجاته، وطرق الطعن في الأحكام وتحديد طرق التنفيذ الجبري، وقاعدة الأثر الناقل للطعن، وغير ذلك مما نص المقنن المصري صراحة عليها [4] .

ومن جهة أخرى تتميز قواعد قانون المرافعات غير المتعلقة بالنظام العام بأنها قواعد آمرة، ففيما عدا القواعد التنظيمية والقواعد التي ينص المقنن على جواز الاتفاق على مخالفتها، فكل قواعد الإجراءات تعتبر قواعد آمرة وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام لعدم النص على ذلك أو لعدم استقرار رأي الجمهور على ذلك . ومظهر الصلة في كونها آمرة أنها

---

(١) فهمي ، وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، ص ١٢.
(٢) المرجع السابق ، ص ١٢وما بعدها .
(٣) نقض ٢٤/٤/ ١٩٨٠ـ المكتب الفني ـ ٣١ـ ١١٩٣ . انظر :
بدران ، محمد محمد: مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري،ص٣٩.
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، ص ٢٠٤.

ملزمة للخصوم حتى وإن اتفقوا على مخالفتها، ووجوب اتباعها كماهي مع عدم قدرة الإرادة الفردية على تعديلها أو توليد آثار قانونية منها غير تلك التي حددها المقنن، وأيضاً عدم قدرة الإرادة الفردية على اختيار أشكال أخرى للجوء إلى القضاء غير تلك الأشكال التي حددها المقنن [١] .

هذه النتيجة ثابتة فيما يتعلق بالقواعد الآمرة التي تنظم المراكز القانونية الموضوعية، أي القواعد الآمرة الخاصة بالقوانين المنظمة لأصل الحق؛ مما يقتضي الكلام عن إمكانية القاضي بإعمالها من تلقاء نفسه ودون حاجة لتمسك الخصوم صراحة بإعمالها . والقول بعكس ذلك يؤدي إلى ربط هذه القواعد بمشيئة الخصوم . أمَّا ما يتعلق بالعيوب التي تلحق الأعمال الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام لابد أن يتمسك بها صاحب المصلحة في إعمال الجزاء، فإن لم يتمسك بها صاحب المصلحة فإن القاضي لا يستطيع إثارتها من تلقاء نفسه، لأن الإجراءات القضائية ما وجدت إلا لحماية الحقوق الموضوعية، وإلا لإعطاء الفعالية للقواعد القانونية الموضعية، ومن ثم لا يجوز أن تؤدي المغالاة في احترام الإجراءات والشكليات إلى إهدار حماية الحقوق الموضوعية من كل مضمونها ؛لأن ذلك يؤدي إلى غلبة الشكل على الموضوع ، ومن ثم إهدارها [٢] .

وقد أشار أحد الباحثين [٣] إلى وجود صعوبات ليست باليسيرة في تحديد مجالات ونطاق النظام العام في قانون المرافعات؛ وذلك لسببين رئيسيين: الأول : إشكاليات التمييز بين فكرة النظام العام في ذاتها ووسائل النظام العام كأدوات لها، والسبب الثاني :غياب المعيار المحدد لفكرة النظام العام ووسائله معاً، ويرجع ذلك في تقديره إلى عدة عوامل من أهمها :

١ـ عدم كفاية المصادر التشريعية، فقليلة حقاً النصوص التي تعرضت للنظام العام، بحيث لا تسمح لبلورة فكرة موحدة أو معيار يتسم بالثبات والانتظام حوله، فالنصوص التي تعرضت له متناثرة وفي مواضع متفرقة حتى في نطاق القانون الواحد .

٢ـ غياب الحل القضائي من زاوية أنه يستخدم أحد وسائل النظام العام دون أن يعطي الأسباب التي تؤسس عليه أحكامه .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، ص ٢٠٤وما بعدها .
(٢) المرجع السابق ، ص ٢٠٥وما بعدها .
(٣) يونس ، محمود مصطفى : فكرة النظام العام في القانون القضائي ، (بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي ، شرطة الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة ، المجلد العاشر ، العدد الرابع يناير ، ٢٠٠٢م)، ص ١٦٢: ١٦٥.

٣- غموض التعريفات الفقهية، ففي نطاق الإجراءات الجنائية يقتصر الأمر غالباً على تعداد لوسائل النظام العام تدور حول المبادئ الأساسية بحسن السير المنتظم للجهاز القضائي أو المطالبة القضائية أو حقوق الدفاع . وفي نطاق الإجراءات الإدارية فالنظام العام يعني احترام القواعد الأساسية للقانون . وفي نطاق الإجراءات المدنية فإن الفكرة تبدو غامضة في أحيان كثيرة وتدور حول المصلحة العامة للمجتمع أو الأفكار الأساسية للجماعة في زمن ومكان معين .

ومن ثم يصل صاحب هذا الرأي إلى أن حق اللجوء إلى محراب العدالة حق أساسي ومكفول للجميع ، ويجب ألا يكون التعقيد أو المغالاة في الشكليات سبباً في ضياع الحق الموضوعي، ومن ثم يجب ربط النظام العام بمبدأ حسن سير العدالة التي تعتبر متعلقة بالمصلحة العامة، ولهذا يمكن إلحاقها به. وحسن سير العدالة بمعناه الإجرائي ليس منبت الصلة عن حسن سير العدالة بمعناه الموضوعي كما هو وارد في القاعدة القانونية. فالعدالة القضائية هي المعنية التي تفضي إلى عدالة موضوعية في يسر ودون عناء، ومن هنا يتحقق الارتباط بين الفكرة النموذجية للعدالة كما تتضمنها القاعدة القانونية الموضوعية وحسن سير العدالة باعتبارها ترجمة إجرائية لتلك الفكرة النموذجية؛ لأن النظام العام الإجرائي يهمه في المقام الأول وصول الحق لصاحبه الحقيقي وفقاً للقواعد القانونية الموضوعية، ولتحقيق ذلك يجب اتخاذ الإجراءات السليمة الكفيلة بتحقيق هذا الهدف (١).

وأرى أن المقنن حينما قلل من النصوص التي تعرضت للنظام العام ؛ إنما يهدف إلى عدم المغالاة في الشكليات، وفي نفس الوقت راعى الترتيب والتنظيم وحسن سير العدالة في النظام القضائي، بما يحقق الفصل في الخصومات في يسر وسهولة . كما أن معيار النظام العام هو المصلحة العامة للمجتمع المتمثل في حماية النظام القضائي وما يتعلق به، مما يقتضي اعتبار بعض قواعده متعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا أرى وجوداً لمثل تلك الصعوبات التي أشار لها صاحب الرأي آنفاً، سيما وأن مصدر هذه الفكرة بالأساس هو المقنن الوضعي .

---

(١) يونس ، محمود مصطفى : فكرة النظام العام في القانون القضائي ، ص ١٦٥.

رابعاً : النتائج المترتبة على تعلق قواعد قانون المرافعات بالنظام العام:

يترتب على اعتبار أن قاعدة ما من قواعد المرافعات متعلقة بالنظام العام نتائج تفوق النتائج التي تترتب على هذا الاعتبار في فروع القانون الأخرى؛ وذلك لأنها تمس نظام الدفوع الإجرائية، وهي على النحو التالي:

١ـ للمحكمة أو للقاضي الحق في إثارتها من تلقاء نفسها أونفسه. فمتى ما وقعت مخالفة للنظام العام، فإنه يعني في نفس الوقت مخالفة للقانون. والقاضي يقع على عاتقه إعمال قواعد القانون الذي منحه حق إثارة هذه المخالفة .

٢ـ يجوز لأي من الخصوم التمسك بها أمام المحكمة، كما يجوز ذلك للنيابة العامة .

٣ـ يمكن التمسك بها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو أمام محكمة النقض .

٤ـ لا يحق للخصوم التنازل عن تطبيقها أو الاتفاق على ما يخالف أحكامها. وذلك خلافاً للقواعد المقررة لحماية المصالح الخاصة التي لا تتعلق بالنظام العام، فهذه لا يجوز أن يتمسك بها سوى الخصم المقررة لمصلحته ولا يجوز أن تطبقها المحكمة إلا إذا تمسك بها الخصم ، و يجوز لأي من الخصوم أن يتنازل عنها صراحة أو ضمناً، أو الاتفاق على خلافها، كما يتشدد القانون في وقت إبدائها، فلا يجوز التمسك بها أول مرة إلا في بداية الخصومة وقبل التكلم في الموضوع (١) .

والنظام العام الإجرائي في نطاق قانون المرافعات، هو نوع من أنواع النظام العام الخاص بالدولة . ويتلخص هذا النظام في القول: بأن مهمة قانون المرافعات كفالة إعمال نظام من أنظمة الدولة، هو نظام القضاء بغية تنظيم وإعمال المصالح الخاصة بالأفراد(٢) . وبناء على ذلك فسلامة عمل مرفق القضاء تقتضي اعتبار بعض القواعد أو النظم الإجرائية متعلقة بالنظام العام، بمعنى أن أي مخالفة لها تؤدي حتماً إلى بطلان العمل المخالف(٣) .

وهذا لا يعني أن الجزاء على مخالفة النظام العام هو البطلان فقط ، فالمقنن قد ينص على جزاءات أخرى، مثل : عدم القبول أو عدم الاختصاص النوعي أو الوظيفي بأن يمنع المحكمة من نظر الدعوى لمخالفة النظام العام الإجرائي .

---

(١) فهمي ، وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، ص ١٣.

(٢) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٧٣.

(٣) المرجع السابق ، ص ١٧٣وما بعدها .

ويمكن لصاحب المصلحة العودة للمطالبة بدعواه في بعض الحالات إذا اتبع تنفيذ ما يتطلبه القانون .

ومن الممكن ربط فكرة النظام العام الإجرائي بأي أمر يتصل بالأحكام الأساسية للنظام القضائي، حتى يكون متعلقاً بالنظام العام [١] .

مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام:

نص المقنن المصري في المادة (١١٥) على جواز إبداء الدفع بعدم القبول في أي مرحلة تكون عليها الدعوى لتعلقه بالنظام العام . وبتعديل المادة(٣) مرافعات من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م بالقانون رقم(٨١) لسنة ١٩٦٦م أصبح شرطا الصفة والمصلحة متعلقان بالنظام العام ، وبذلك حسم المقنن المصري الخلاف الفقهي الدائر حول تعلق هذان الشرطان بالنظام العام أم لا . كما اعتبر أن المصلحة بكافة أوصافها من النظام العام، وأوجب على المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها وذلك في أي مرحلة تكون عليها الدعوى[٢] . كما أنه حسم الخلاف الفقهي الدائر حول الدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الموضوع؛ هل يعد من النظام العام أم لا . وذلك بالنص في المادة (١١٦مرافعات) على تعلقه بالنظام العام بأن تقضي المحكمة في هذا الدفع من تلقاء نفسها [٣] .

ولم يصل الفقه والقضاء إلى رأي موحد بشأن مسألة مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام[٤] ، حيث يرى بعضهم أنه من المستحيل وضع قاعدة عامة تنظم سائر أنواع الدفوع بعدم القبول من ناحية تعلقها بالنظام العام، ولذلك يتعين بحث كل دفع على حدة لنتبين ما إذا كان متعلقاً بالنظام العام أم أنه يتعلق بمصالح الخصوم [٥].

والحقيقة أنه يمكن إعمال مثل هذه القاعدة حسب نظر بعض الباحثين في الفقه القانوني وفقاً لأحد أمرين هما :

---

(١) القدومي ، عبد الكريم فوزي : الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني ، ص ١٠١.
(٢) انظر :
مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ٢، ص ١١٠١.
كامل ، رمضان جمل : شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية ، ص ٨٨.
عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٣٦٩.
(٣) انظر :
عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٧٩.
حسن ، علي عوض : الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، ص ١٤.
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٧٨.
(٥) العشماوي ، محمد وآخر : قواعد المرافعات ، جـ ٢ ، ص ٣٠٤.

الأول : في حالة وجود نص من المقنن، فهذا يقتضي بداهة أنه لا اجتهاد مع وجود النص القانوني .

الثاني : في حالة عدم وجود النص يترك الأمر لتقدير القاضي(١).

ولكن ماهية هذا التقدير الذي يقوم القاضي في بحثه لمثل هذا الموضوع بأن الدفع بعدم القبول في حالة معينة يتعلق بالنظام العام ؛ يرجع حسب رأي بعضهم إلى أن على القاضي البحث عن طوائف الحقوق أو الالتزامات التي يراها المقنن غير جديرة بالحماية القضائية، وبالتالي فالدعاوى التي يكون موضوعها المطالبة بحماية مثل هذه الحقوق تكون غير مقبولة، وعدم القبول هنا يتعلق بالنظام العام (٢).

ومن جهة أخرى فهناك مجموعة من القواعد القانونية لاشك في تعلقها بالنظام العام، وبالتالي فالدعاوى التي تخالف هذه القواعد تكون غير مقبولة، وعدم القبول هنا أيضاً يكون متعلقاً بالنظام العام . ومن ذلك القواعد المنظمة للنظام الاقتصادي العام أو القواعد المنظمة للمرفق القضائي ونظامه الأساسي (٣). فهذه المسائل تتعلق بالنظام العام، وإذا تعلق حق الخصوم بهذه المسائل، فإن مخالفته تشكل مخالفة متعلقة بالنظام العام وتولد دفعاً بعدم القبول له ذات الأهمية والآثار(٤).

وأرى أن هذا الرأي هو الأقرب إلى منطق الأمور؛ لأن القواعد المنظمة للمرفق القضائي ونظامه الأساسي تعتبر متعلقة بالنظام العام ؛ لارتباطها بطريقة أو أخرى بوصف من أوصاف المصلحة وهو المصلحة القانونية، كما أن الأمر في النهاية يعود لتقدير القاضي الذي يحدد أن قاعدة ما تمس الأحكام الأساسية للنظام القضائي أم لا . وهو أيضاً الذي يحدد طوائف الحقوق والالتزامات التي نزع عنها المقنن الحماية القضائية، فهو يحاول تطبيق القانون بشتى صوره ؛ بغية تحقيق حكم القانون بين الخصوم. ويستعين القاضي في بغية تحقيق ذلك بملكته القانونية وثقافته الفكرية والاجتماعية؛ ولكن بطريق الموازنة بين نص القانون والمسائل التي تصادفه تحقيقاً للعدالة والمحافظة على النظام العام .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٨٢وما بعدها .
(٢) المرجع السابق ، ص ١٨٣وما بعدها .
(٣) المرجع السابق ، ص ١٨٤.
(٤) المرجع السابق ، ص ١٨٤.

المطلب الرابع

المقارنـــــــــــــــــــة

أعرض للمقارنة على النحو التالي :
١ـ يتفق كلٌ من الفقه الإسلامي والقانون على وجود فكرة النظام العام بهما، وعلى خصائص هذه الفكرة من حيث عدم جواز مخالفتها أو الاتفاق على خلافها، سواء أكان بالصلح أو الإبراء أو العفو . كما يتفقان من حيث النتائج المترتبة على مخالفة هذه الفكرة؛ بأن يقع العمل باطلاً أو بعدم قبوله أو بعدم الاختصاص الوظيفي وكذا الاختصاص النوعي . إضافة لاتفاقهما بأن القاضي يتصدى لمثل هذه المخالفة من تلقاء نفسه دون الحاجة لانتظار إثارتها من قبل أحد الخصوم ، وذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، كما يحق للخصوم التمسك بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى .
ويختلفان من حيث الآتي :
ــ تحوي هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية على شقين: أحدهما: محور أساسي يتميز بالثبات فلا يتأثر بتغير الزمان ولا المكان ولا حتى الظروف والأحوال، وهو عدم مخالفة النص الشرعي قطعي الثبوت والدلالة، سواء أكان من الكتاب أو السنة، ويلحق به إجماع المسلمين فيما لا يُعرف لهم مخالف. والشق الآخر لهذه الفكرة : يتميز بالمرونة (الثبات المؤقت)، فهو يتأثر بتغير الزمان والمكان والظروف تبعاً لما تمليه المصلحة العامة، بما يصدره والي المسلمين من أنظمة فيما لا نص فيه ولا إجماع شريطة ألا يخالف هذا الشق المحور الأساسي بحيث يدور في فلكه .
أما في القانون فهذه الفكرة مرنة وتتأثر تبعاً لتغير الأحوال والزمان والمكان .
أ ــ معيار هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية : عدم مخالفة النص الشرعي قطعي الثبوت والدلالة، ويلحق به إجماع المسلمين فيما لا يُعرف لهم مخالف أو المقاصد العامة للشريعة الإسلامية
أمَّا في القانون فمعيارها المصلحة العامة .
ب ــ المصدر الأساسي لهذه الفكرة في الشريعة الإسلامية، هو الله عز وجل . أمَّا مصدرها الأساسي في القانون فهو المقنن الوضعي .
ج ــ لم يكن اهتمام الشريعة بفكرة النظام العام وليد الظروف الطارئة ، كما هو حالها في القانون أو ردة فعل لطغيان الحرية الفردية، أو ناشئاً نتيجة لاستبداد الإرادة الإنسانية وتعسفها، وإنما كان اهتماماً أصيلاً نابعاً

من طبيعة التشريع الإسلامي نفسه الذي يرفض الانفلات والطغيان ويسعى إلى التنظيم والترتيب [١] .

وفكرة النظام العام في نظام المرافعات الشرعية السعودي لا تخرج عن مفهومها في الفقه الإسلامي ، وهذا أمر طبعي على بلد يطبق الشريعة الإسلامية ، ويتخذ دستوره من الكتاب والسنة .

٢ـ يتفق كلٌ من الفقه الإسلامي والنظام والقانون على أن الدفع بعدم القبول يتعلق في بعض حالاته بالنظام العام . وقد نص الفقهاء على شروط لقبول الدعوى وسماعها ، كما نصت المادة (٧٢) من النظام على حالات للدفع بعدم القبول تتعلق بالنظام العام ، كما نص القانون في مادته (١١٥) على بعض حالات هذا الدفع المتعلقة بالنظام العام .

وهناك وجه آخر لاتفاقهم وهو أن إعمال قاعدة النظام العام على الدفع بعدم القبول يتم بإحدى وسيلتين وهي :

أ ـ حالة وجود النص، وفي هذه الحالة ليس للقاضي إلا تطبيقه دون الحاجة لاجتهاده عملاً بالقاعدة الفقهية < لا اجتهاد مع النص > .

ب ـ حالة عدم وجود النص، وهذه يُخول فيها القاضي أن يجتهد في تقرير ما يُعد من النظام العام وما لا يُعد .

ويختلفان من حيث أن الدفع بانعدام الأهلية يُعتبر دفعاً متعلقاً بالنظام العام في الفقه والنظام فيما لا يُعد كذلك في القانون .

---

(١) القراله ، أحمد ياسين : النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ،ص١.

المبحث الثاني

الدفع بعدم القبول وسلطة المحكمة في الفقه والنظام والقانون

تمهيد وتقسيم

إن التساؤل عن إمكانية قيام المحكمة أو القاضي بإثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها أو نفسه يجعل من الطبيعي وبشكل مبسط التطرق لدور القاضي في مجال الخصومة المدنية بوجه عام، وهذا الدور يختلف باختلاف الفلسفة التي يقوم عليها النظام القضائي في أي مكان وفي أي زمان .

فهل دوره يقتصر على أنه مجرد طرف سلبي يطرح عليه الخصوم ادعاءاتهم، ويقوم هو فقط بفحصها وإعمال الشرع أو النظام أو القانون عليها ؟

أم أن دوره أكثر فعالية من ذلك، فهو دور إيجابي،وبالتالي يحق له القيام بدور حاسم في الخصومة المدنية عن طريق تهيئة الظروف المناسبة لطرح الادعاءات وتقديم الوقائع بما يؤدي إلى سلامة إعمال الشرع أو النظام أو القانون .

وماذا يترتب على إغفال المحكمة أو القاضي التصدي لإثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها أو نفسه ؟

كل هذه التساؤلات سيتم الإجابة عنها ضمن التقسيم الآتي :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول وسلطة المحكمة في الفقه

المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول وسلطة المحكمة في النظام

المطلب الثالث : الدفع بعدم القبول وسلطة المحكمة في القانون

المطلب الرابع : المقـــــارنة

المطلب الأول

الدفع بعدم القبول وسلطة المحكمة في الفقه

أعرض لدور القاضي أو سلطة المحكمة في مجال الخصومة المدنية في الفقه الإسلامي، ثم بيان علاقة الدفع بعدم القبول بها، وفقاً للآتي :

أولاً : دور القاضي أو سلطة المحكمة في الخصومة المدنية:

الدعوى في مفهوم الفقهاء :هي حق شخصي ملك للخصم . إذا تعلقت بمصلحته الشخصية، فله أن يطرحها أمام القضاء في شكل إدعاء مضمونه طلب حق له أو لمن يقوم مقامه أو حمايته، وله عدم طرحها أمام القضاء ؛ لأن الدعوى من التصرفات الشرعية المباحة (١) .

وهذا لا يعني بأي حال أن ليس للقاضي دور إيجابي في الخصومة المدنية، فدوره حتماً يبدأ مع تقديم الادعاء له من قبل الخصوم، ولكن الدور الإيجابي للقاضي يخضع لقواعد الفقه الإسلامي، وما يمليه عليه ولي أمر المسلمين . فدوره ليس إيجابياً على إطلاقه، كما أنه لا يُمكن أن يكون سلبياً في الخصومة . ففي بداية الأمر يتحقق القاضي من توافر شروط قبول الدعوى التي أوجبها الفقهاء لكي تكون الدعوى مسموعة ومقبولة، بمعنى آخر يجب عليه نظرها أو يمتنع عن نظرها (٢).

ومن الأمثلة التي تؤكد أن للقاضي دوراً إيجابياً في الخصومة المدنية ، ما ذكره الفقهاء من أن للقاضي سلطة الحكم فوراً بالعقوبة على الخصم إذا أساء الأدب في مجلسه، سواء أكانت الإساءة موجهة للقاضي أو غيره من أعوانه أو من الخصوم الآخرين . كما أن له قطع يمين المدعى عليه إذا بدأ بها قبل بيِّنة خصمه وتعزيره ، وفي هذا يقول ابن قدامة : " وله أن ينتهر الخصم إذا التوى ، ويصيح عليه ، وإن استحق التعزير عزَّره بما يرى من أدب أو حبس . وإن افتات عليه بأن يقول : حكمت عليَّ بغير الحق . أو : ارتشيت . فله تأديبه . وله أن يعفو . وإن بدأ المُنكر باليمين ، قطعها عليه وقال : البيِّنة على خصمك . وإن عاد نهره ، فإن عاد عزَّره إن رأى .

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ٨٣.

(٢) انظر على سبيل المثال :

قودر ، شمس الدين أحمد : تكملة شرح فتح القدير ، جـ ٨، ص ١٦٤.

ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١، ص ١٠٨.

ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٣٥.

وأمثال ذلك ممَّا فيه إساءة الأدب ، فله مقابلة فاعله ، وله العفو "[(١)] .

فيجب على القاضي أن يؤدب أحد الخصمين إذا أساء على الآخر بما يستحقه؛ لأن السباب انتهاك لحرمة مجلس القاضي والحكم ،إلا أن الفقهاء لا يعدون تكذيب أحدهما للآخر من السباب ولو كانت بصيغة كذبت [(٢)].

وأيضاً حال لمز القاضي بما يكره، كأن يقول ظلمتني وأراد أذاه ، يجب على القاضي أن يعزره . فالعقوبة في مثل هذا أفضل من العفو؛ لئلا يُستهان به، وليخف الناس بلزوم الحق واتباعه [(٣)].

وأيضاً للقاضي حق سلطة اختصام الغير، بإدخاله في الدعوى ، من يرى ضرورة اختصامه، كمن ادعى على الضامن في ضمان ما لم يجب، فأنكر الضامن الدين، وكان للمدعي بيِّنة على الحق، فيدخل المضمون في الدعوى ؛ لوجود رابطة تضامن بينه وبين الضامن؛ لكي تسمع أقواله والبيِّنة في مواجهته مع المدعى عليه إذا لم يكن قد ثبت حقه قبل ذلك بحكم مبني على بيِّنة [(٤)].

وأيضاً للقاضي دور كبير في مجال وسائل الإثبات عند من يرى من الفقهاء أنها غير محصورة، حيث يقول ابن القيّم : " فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثمّ وجه الله " [(٥)]. ويقول أيضاً : " فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهو من الدين وليست مخالفة له "[(٦)] إلا أن هذا الدور مُقيد بما ورد من الشارع من تقييد بعدد أو هيئة معينة لا يمكن التعدي عليها، والإتيان بما يخالفه، ومثال ذلك: عدم قبول شهادة شخص واحد فيما يشترط فيه شهادة اثنين ونحو ذلك [(٧)] .

أمَّا فيما يتعلق بأساس الادعاء، فليس للقاضي تغييره ؛لأنه حق للخصم ، وإنما قد يطلب من الخصم تبيان ما أشكل وتصحيح ما يمكن تصحيحه[(٨)].

---

(١) ابن قدامة ، عبد الله أحمد : المغني ، جـ ١٤ ، ص ١٨.
(٢) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١، ص ٣٩.
(٣) المرجع السابق ، ص ٤١.
(٤) ابن ضويان ، إبراهيم محمد : منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل،تحقيق زهير الشاويش ، (المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الرابعة ، ١٣٩٥هـ) ، جـ ١ ، ص ٣٦١.
(٥) ابن القيم ، محمد بن أبي بكر : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق محمد جميل غازي ، (مطبعة المدني ، القاهرة ، مصر ، د. ط ، ١٣٩٧هـ) ، ص ١٩.
(٦) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٩.
(٧) يمكن الاستزادة عن آراء الفقهاء حول حصر وسائل الإثبات أو عدم حصرها ومناقشة آرائهم والأدلة التي استند إليها كل فريق والترجيح بينها، يمكن الرجوع إلى :
شموط ، حسن تيسير : العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية ،ص ٢٧٧: ٢٩١
(٨) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١، ص ٣٩.

ثانياً : علاقة الدفع بعدم القبول بسلطة المحكمة:

أوجب الفقهاء على القاضي تفحص شروط قبول الدعوى وسماعها لكي يتم نظرها، وهذا يدلُّ على أنه في حال ملاحظة القاضي أن الدعوى ناقصة أحد شروطها ويمكن تصحيحها أمر المدعي بذلك، وإن لم يُمكن التصحيح ؛ تصدى من تلقاء نفسه بعدم قبولها، فإثارة الدفع بعدم القبول تكون من القاضي؛ عند تخلف أي شرط من شروط قبولها .

ولم يفرِّق الفقهاء بين الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام والدفع بعدم القبول الغير متعلق بالنظام ،إلا أنه من الممكن إجراء مثل هذه التفرقة، حيث إن الشروط التي وضعها الفقهاء لقبول الدعوى وسماعها والتي لا يُمكن تصحيحها، هي في حقيقتها شروط تتعلق بالنظام العام الإجرائي . مما يتوجب على القاضي إثارة مخالفتها من تلقاء نفسه دون انتظار إثارتها من قبل أحد الخصوم . والإثارة هنا هي حكمٌ من القاضي بعدم قبول الدعوى .هذا الحكم إنما هو في حقيقته دفعاً بعدم قبول الدعوى ، وهذا الدفع يتعلق بالنظام العام ، ويترتب على إغفاله من قبل القاضي أن يكون سبباً من الأسباب التي تجيز للخصم الطعن في الحكم ونقضه؛ لأن الحكم لم يكن مبنياً على أساس سليم لما اشترطه الفقهاء من شروط لقبول الدعوى ، ولأن الطعن من قبل الخصم يمثل دفعاً صحيحاً لهذا الحكم ، حيث قد أجاز بعض الفقهاء قبول الدفع الصحيح ونقض الحكم به (١)

أمَّا إذا كان الدفع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام، مثل :الدفع لوجود صلح أو اتفاق مسبق بين الخصوم، فهنا تكون إثارته من جانب الخصوم . والعلة في ذلك أن القاضي لا يعلم مسبقاً بوجود مثل هذا الاتفاق أو الصلح . ويحق للخصم إغفال مثل هذا الدفع بعدم إثارته، بما يُفهم تنازله الضمني عنه؛ لأنه حق له ولكونه غير متعلق بالنظام العام . ولو علم القاضي بمثل هذا الاتفاق أو الصلح ؛ بأن أبلغه أحد الخصوم به، فلا بأس من إثارته من قبل القاضي من تلقاء نفسه متى ما رأى أن من المصلحة إثارته . ومسألة تقدير الأخذ بمثل هذا الدفع الغير متعلق بالنظام العام إذا لم يثره أحد الخصوم تعود للقاضي واجتهاده . وإغفال القاضي للدفع بعدم القبول الغير متعلق بالنظام العام، لا يُرتب على حكمه جوا ز الطعن فيه من قبل الخصم؛ لتنازل الخصم الضمني عن حقه،ولعدم مخالفته لما نص عليه الفقهاء، كونهم لم يشترطوا هذا الشرط لقبول الدعوى .

---

(١) الخضيري ، أحمد محمد : نقض الأحكام القضائية ، (رسالة دكتوراه من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، مطبعة الجامعة ، الرياض ، السعودية ، طبعة ١٤٢٧هـ)، جـ٢، ص ٩٧١.

المطلب الثاني

الدفع بعدم القبول وسلطة المحكمة في النظام

أعرض لسلطة المحكمة في الخصومة المدنية في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ثم أختم هذا المطلب ببيان علاقة الدفع بعدم القبول بها وذلك على النحو الآتي :

أولاً : سلطة المحكمة أو دور القاضي في الخصومة المدنية:

تستمد المحكمة سلطتها في نظام المرافعات الشرعية السعودي من أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما نص عليه الكتاب والسنة ، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة ، وتتقيَّد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام (١) .

وقد منح النظام المحكمة دوراً إيجابياً في مجال الخصومة المدنية، فمن ذلك على سبيل المثال : أن للمحكمة سلطة اختصام الغير(مادة ٧٦)، وسلطة وقف الخصومة إذا رأت تعليق حكمها في موضوع الدعوى على الفصل في مسألة أخرى (مادة ٨٣)، كما منحها سلطة تقدير جعل المرافعة سرية محافظة على النظام العام، أو مراعاة للآداب العامة أو لحرمة الأسرة (مادة ٦١)، كما منحها سلطة العدول عمّا أمرت به من إجراءات الإثبات وتقديرها للأخذ بنتيجة الإثبات (مادة ٩٩)، كما منحها سلطة استجواب أي من الخصوم (مادة ١٠٠، ١٠١)، وانتقال القاضي أو ندب من يثق فيه إلى محل إقامة الخصم المعذور من الحضور لاستجوابه (مادة ١٠٢)، وكذا لمن وجهت إليه اليمين ولديه عذر يمنعه عن الحضور وذلك لتحليفه (مادة ١١٠)، وأيضاً للشاهد إذا كان لديه عذر يمنعه عن الحضور لأداء شهادته (مادة ١١٨)، كما منحها النظام سلطة معاينة النزاع وما يرتبط بها من ندب أو استخلاف (مادة ١١٢)، وتعيين خبير أو أكثر للاستعانة به في المعاينة (مادة ١١٤)، كما منحها سلطة استجواب الشهود (مادة ١٢١) (٢) .

---

(١) انظر المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

(٢) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، انظر : جـ ١، ص ٣١٦ ، ٣٨٥، ٤٤١، ٥٢٣، ٥٣٥، ٥٣٨، ٥٤٠، ٥٧٣ ، ٥٨٣ ، ٥٨٩، ٦٠١، ٦٠٩ .

ثانياً : علاقة الدفع بعدم القبول بسلطة المحكمة:

القاعدة العامة في الدفوع أن للمحكمة أن تتصدى لما يتعلق منها بالنظام العام من تلقاء نفسها ودون انتظار إثارتها من قبل الخصوم(مادة ٧٢)[١].

وقد أورد المنظم في هذه المادة أنواعاً من دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام، وهي انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الدفع بعدم سماع الدعوى . ومنح المنظم القاضي فرصة التقدير والاجتهاد في ضم بعض الأنواع الأخرى من دفوع عدم القبول إلى الدفوع المتعلقة بالنظام العام ، وهذا مفهوم من عجز هذه المادة " أو لأي سبب آخر" ، متى ما رأى أن مقتضى المصلحة العامة يرمي لذلك بحسب طبيعة بواعثها؛ شريطة أن يتأكد من وجود الأسباب المولدة للدفع بعدم القبول .فإذا كان الدفع متعلقاً بالنظام العام أعمل القاضي نص المادة (٧٢) عليها بأن يتصدى لإثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى ،أمَّا إذا كان الدفع يتعلق بمصلحة الخصم، فليس من واجبه إثارته وإنما يستطيع الخصم التمسك به وإثارته حتى قبل قفل باب المرافعة .

وفي حالة إغفال المحكمة لأي نوع من دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام، فإن حكمه يكون محلاً للطعن فيه إذا كان الحكم في الأحوال التي يكون الطعن فيها مقبولاً؛ لأن إغفال المحكمة أو القاضي للدفع المتعلق بالنظام العام، هو يعني في نفس الوقت مخالفة صريحة لما أوجبه النظام، وأنه يوجد خلل في الدعوى يكون مبرراً كافياً للطعن في الحكم، ولأن هذا الدفع يجوز الدفع به في أي مرحلة من مراحل الدعوى بحسب نص المادة (٧٢).

أمَّا لو أغفل القاضي أي نوع آخر من أنواع دفوع عدم القبول التي لا تتعلق بالنظام العام، ولم يثره أيٌّ من الخصوم ، **فأرى** أن مثل هذا الإغفال لا يؤثر في حكم القاضي، ولا يُجيز الطعن في الحكم ؛ لأن القاضي لا يجب عليه إثارة مثل هذا الدفع بحسب النظام، كما أنه حق للخصم إن شاء استعمله أو تركه، وعدم إثارته من قبله حتى صدور الحكم يشير لتنازله الضمني عن حقه، كما أنه ليس من الممكن معاملة دفوع عدم القبول الغير متعلقة بالنظام العام بمثل الدفوع المتعلقة بالنظام العام بأن إثارتها تكون في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

---

(١) دويدار ، طلعت محمد وآخر : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ٣٦٠.

المطلب الثالث

الدفع بعدم القبول وسلطة المحكمة في القانون

أعرض لسلطة المحكمة في الخصومة المدنية ثم علاقة الدفع بعدم القبول بها بحسب ما يلي :

أولاً : دور القاضي أو سلطة المحكمة في الخصومة المدنية:

المبدأ التقليدي السائد في قانون المرافعات، هو أن الخصومة ملك للخصوم،ومعنى ذلك أن الخصوم هم وحدهم الذين يملكون البدء فيها بالمطالبة القضائية، ويملكون السير في إجراءاتها أو وقفها، كما يملكون تركها من تلقاء إرادتهم، وهم الذين يحددون موضوعها محلاً وسبباً عن طريق ما يطرحونه من طلبات ودفوع أمام المحكمة، كما يقدمون الأدلة التي يحققها القاضي(١) . ومن هنا قيل أن دور القاضي سلبي، حيث يقتصر على مراعاة اتباع قواعد المرافعات والفصل فيما يُقدمه إليه الخصوم ، وهو ما يُعبر عنه بحياد القاضي(٢) .

ولكن الاتجاه الحديث لدى الفقه القانوني يبرز حقيقة؛ أن القضاء وظيفة عامة، فلا يمكن أن يُترك نشاطه لهوى الأفراد . وحياد القاضي لا يتنافى مع سلوكه الإيجابي في توجيه سير الخصومة، وإن اختلفت القوانين الحديثة في مدى الاعتراف بسلطات القاضي في توجيهها (٣) .

وقد منح قانون المرافعات المصري الدور الإيجابي للقاضي في توجيه سير الخصومة وتحقيق الدعوى . ومن ذلك تخويل القاضي بتكليف الخصوم بإيداع المستندات أو القيام بإجراء من إجراءات المرافعات في ميعاد معين، وإلا فرض عليهم جزاءات محددة (مادة ٩٩ مرافعات) ، كما خوله سلطة اختصام الغير من تلقاء نفسه إذا رأى ذلك لمصلحة العدالة أولإظهار الحقيقة (مادة ١١٨مرافعات)،وخوله سلطة الأمر بمحو العبارات الجارحة أو المخالفة للآداب أو النظام العام من أية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات (مادة ١٠٥ مرافعات)، وخوله سلطة الحكم فوراً بالعقوبة على من تقع منه جنحة أثناء انعقاد جلسة المرافعة فيها تعدي على هيئة المحكمة أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بالمحكمة، أو الحكم فوراً بالعقوبة على من شهد زوراً بالجلسة لشهادة الزور (مادة

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٩٠.
(٢) المرجع السابق ، ص ٣٩٠.
(٣) المرجع السابق ، ص ٣٩١.

١٠٧مرافعات)، كما خوله سلطة وقف الخصومة كلما رأى تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم (مادة ١٢٩مرافعات) .

وفيما يتعلق بالإثبات، فقد خول القانون القاضي دوراً كبيراً فيه، بحيث أصبحت القاعدة: أنه يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات، وذلك فيما عدا الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على ضرورة طلب الخصم لهذا الإجراء، مثل : حالة الادعاء بالتزوير، وحالة طلب اليمين الحاسمة، كما أن للقاضي أو للمحكمة سلطة إجراء تحقيق أو استجواب خصم أو ندب خبير من تلقاء نفسها عملاً بالمواد (٧٠ ،١٠٦ ، ١٣٥ إجراءات)[١] . أمَّا بالنسبة لموضوع الدعوى محلاً وسبباً ، فالقاعدة أنها مازالت ملكاً للخصوم [٢] .

وهكذا يتبين أنه لم يعد توجيه الخصومة احتكاراً للخصوم، وإنما يشاركهم القاضي فيه [٣] .

ثانياً : علاقة الدفع بعدم القبول بسلطة المحكمة أو القاضي :

القاعدة لدى الفقه القانوني أن القاضي يقصر بحثه في الدعوى على المسائل التي تنازع فيها الخصوم أو تلك المتعلقة بالنظام العام[٤]، بمعنى أنه لا يستطيع إثارة أي نوع من الدفوع من تلقاء نفسه ما لم يكن متعلقاً بالنظام العام .

والدفع بعدم القبول كأحد أنواع الدفوع وفي الأحوال التي يتعلق فيها بالنظام العام، فجمهور الفقه مستقر على أن للقاضي حق إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه حتى لو امتنع الخصوم عن التمسك به [٥] .

ومن الأمثلة على الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام : هو عدم توافر الصفة أو المصلحة أو إحدى خصائصها بعد أن أصبحا هذان الشرطان متعلقين بالنظام العام وفق التعديل الجديد بالقانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٦م.

وفي حالة عدم توافرأي منهما يتعين على القاضي التصدي لإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه بالحكم بعدم قبول الدعوى [٦] .

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٣٩١.
(٢) المرجع السابق ، ص ٣٩١.
(٣) المرجع السابق ، ص ٣٩١.
(٤) المرجع السابق ، ص ٤١٢.
(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٢١٩.
(٦) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ٢ ، ص ١١٠١.

ومن ذلك أيضاً: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها أو الدفع بحجية الشيء المقضي فيه يعتبر من النظام العام، بحيث تتصدى المحكمة لإثارته من تلقاء نفسها بموجب المادة(١١٦مرافعات) (١) .

ومن ذلك أيضاً: الدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لرفعه بعد الميعاد، فهو يتعلق بالنظام العام وتقضي المحكمة به من تلقاء نفسها وفقاً للمادة (٢١٥مرافعات) (٢) .

وتقدير مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام أو عدم تعلقه به هو وجود النص من القانون، وفي حالة عدم وجوده فإن الأمر يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، على أن يتأكد القاضي من وجود الوقائع المدعاة بواسطة الخصوم المولدة للدفع بعدم القبول (٣)؛ إضافة لمعرفة طبيعة البواعث التي دعت لتقريره ؛ هل هي لصالح المدعى عليه وحده أم تمس مصالح المجتمع المعتبرة من النظام العام (٤) .

وفي حالة كون الدفع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام، فالرأي الغالب لدى الفقه القانوني أنه ليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولكن يحق للخصوم التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى حتى تقضي فيه المحكمة بعدم قبول الدعوى(٥).

ومن الأمثلة التي أوردها هذا الفقه والتي لا تتعلق بالنظام العام: الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله، والدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد إقامة دعوى المطالبة بالحق، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه في دعوى الحيازة قبل التخلي عن الحيازة لخصمه، وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين (مادة ٧٨٨من القانون المدني) (٦) .

وذهب رأي فقهي إلى أنه بما أن الدفع بعدم القبول يرمي في واقع الأمر إلى إنكار حق المدعي في طلب الحماية القضائية، وبما أن الوقائع المطروحة على القاضي تتضمن في حقيقتها العناصر المكونة للدفع بعدم

---

(١) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٥٦ وما بعدها .
حسن ، علي عوض : الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، ص ١٨.
(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٥٣.
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٢٢٠وما بعدها .
(٤) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٥٣.
(٥) المرجع السابق ، ص ٨٥٣.
فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٣.
(٦) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٨٥٦.

القبول، وبما أن الخصوم قد أغفلوا التمسك بهذا الدفع، وكانوا في الواقع يرغبون في التمسك به لو كانوا يعلمون توافر عناصره؛ فإنه لا يوجد ما يمنع القاضي من إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه من دون طلب الخصوم، وذلك في الأحوال التي لا يتعلق فيها هذا الدفع بالنظام العام[(١)].

وهذا الرأي يرى أيضاً :" أنه لا يوجد فارق أساسي بين نوعي الدفع، فالدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام يجوز طرحه ولو لأول مرة أمام محكمة النقض طالما أن عناصره الواقعية سبق عرضها على محكمة الموضوع . أمَّا الدفع بعدم القبول غير المتعلق بالنظام العام فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، بل يكون من الواجب التمسك به أمام محكمة الموضوع "[(٢)] .

وقد استدرك صاحب هذا الرأي خطأه السابق وفرَّق بين نوعي الدفع، وهو أن الدفع بعدم القبول في حالة تعلقه بالنظام العام؛ يجب على المحكمة إثارته من تلقاء نفسها، بحيث يترتب على إغفالها لهذا الدفع ،أنها أخطأت في تطبيق القانون؛ بما يشكل مبرراً وسبباً من الأسباب التي يجوز الطعن بالنقض عليها، وذلك في الأحوال التي يكون الحكم الصادر فيها يقبل الطعن بالنقض[(٣)] . أمَّا حالة كون الدفع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام فإنه لا يجب على المحكمة إثارته، وإنما من الجائز لها القيام به ولا يوجد مانع من ذلك ، كما أن المحكمة إن أغفلته فلا يمكن وصف هذا الإغفال بأنه خطأً قانوني يترتب عليه التبرير بنقض الحكم الصادر فيها .

وأرى أن التفرقة التي أشار هذا الرأي لها تؤكد أنه لا يُمكن التسوية بين نوعي الدفع بعدم القبول؛ لأن حقيقة هذه التسوية لا يمكن التسليم بها ؛ لأنه إذا كان من المقبول أن الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام قد أغفلته المحكمة، ولم تقم به من تلقاء نفسها فإنه يعد مخالفة للقانون؛ فهو يمس الصالح العام للجماعة مما يتيح الفرصة للخصوم للطعن في الحكم في الأحوال التي يكون فيها الحكم يقبل النقض . وليس من المقبول أن الدفع بعدم القبول غير المتعلق بالنظام العام والذي لم يتمسك به الخصوم، ولم تثره المحكمة يخضع لنفس النتيجة؛ لأن المحكمة في الأساس غير ملزمة به؛ لتعلقه بالمصلحة الخاصة للخصوم، وبالتالي لم يلزمها القانون بإثارته، ومن ثم لا يُمكن القول بمخالفة القانون. أمَّا لو تمسك به الخصوم

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٢١٧.
(٢) المرجع السابق ، ص ٢٢٢وما بعدها .
(٣) المرجع السابق ، ص ٢٢٨وما بعدها .

ولم يفصل القاضي فيه أو أغفل البت فيه؛ فيمكن القول بأن ذلك مخالفة للقانون مما يستتبع معه من قابلية الحكم للطعن فيه.

وقد وجه أحد الباحثين نقداً لهذا الفقه بأنه لا يرى أن القاضي يستطيع الحكم بعدم القبول في الأحوال التي لا يتعلق فيها الدفع بالنظام العام؛ لأنه كما يمكن أن يُقال أن الخصوم قد أغفلوا التمسك بالدفع بعدم القبول الغير متعلق بالنظام العام وكانوا في الواقع يرغبون التمسك به، فلماذا لا يُستشف أيضاً أن الخصوم قد تنازلوا عن التمسك بهذا الدفع (١) .

وأرى أنه بما أن للقاضي من دور إيجابي في الخصومة المدنية، فلا يمنع من أن يثير الدفع بعدم القبول غير المتعلق بالنظام العام؛ ولكن الإثارة هنا من القاضي ليست في حقه واجبة؛ لأن القانون لم يلزمه بها، وهو أمر اجتهادي إن شاء قام به وإن شاء تركه . ومما لا شك فيه أن ذلك يكون ناتجاً عن تقدير القاضي واجتهاده ، ومدى تعلقه بالمصلحة .

أمَّا لو أن القاضي لم يُثِر مثل هذا الدفع ؛ بأن رأى أن من المصلحة عدم إثارته أو أغفله، ولم يُثره أيٌّ من الخصوم ، فحينئذ يُمكن أن يُقال أن الخصم قد تنازل ضمنياً عن مثل هذا الدفع .

---

(١) القدومي ، عبد الكريم فوزي : الدفع بعدم قبول الدعوى في التشريع الأردني ، ص ١١٥.

المطلب الرابع

المقارنـــــــــــــــــــة

أعرض للمقارنة على النحو التالي :

١ـ يتفق كلٌ من الفقه والنظام والقانون على أن للمحكمة أو القاضي بصفة عامة دوراً كبيراً وحاسماً في الخصومة المدنية، رغم أسبقية الفقه لتقرير ذلك .

وأوجه الخلاف :

يخضع القاضي لسلطان الشريعة الإسلامية وما يُقرره ولي أمر المسلمين بما لا يُعارض الكتاب والسنة .

أمَّا في القانون فالقاضي يخضع لنصوص القانون وما يستلهمه من مصالح المجتمع .

٢ـ يتفق كلٌ من الفقه والنظام والقانون على ضرورة التصدي من قبل القاضي؛ لإثارة الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام في أي مرحلة من مراحل الدعوى . أمَّا الدفع بعدم القبول الغير متعلق بالنظام العام، فلا يجب على القاضي إثارته ، وإنما يجوز للخصم التمسك به وإثارته .

وأوجه الخلاف ما يلي :

ـ لم يُقم الفقهاء تفرقة للدفع بعدم القبول بين ما يتعلق بالنظام العام وما لا يتعلق بالنظام العام؛ ولكن من الممكن إجراؤها بأن ما اشترطه الفقهاء من شروط لقبول الدعوى وسماعها؛ بما لا يُمكن معها تصحيحها فيما لو فقدت،هي من قبيل دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام. أمَّا عدا ذلك أرى أن الأمر يعود تقديره للقاضي واجتهاده ومدى تعلقه بالمصلحة العامة من عدمه، فما يراه القاضي أنه من قبيل المصلحة العامة؛ يُلحقه بالنظام العام، ويتصدى لإثارته من تلقاء نفسه، وما لايُعد كذلك لا يجب عليه إثارته .

ـ لم يُشر الفقهاء إلى تصدي القاضي عند بحثه شروط قبول الدعوى على أنه دفع، إنما هو واجب من الواجبات التي يجب عليه القيام بها حتى يتأكد من صلاحية نظر الدعوى من عدمها .

أمَّا النظام والقانون فقد أشارا لمثل هذه التفرقة من خلال نصوصهما .

وأرى أن هذا الخلاف ليس بجوهري ؛ طالما يُمكن أن يُستشف أن هذا الواجب الملقى على عاتق القاضي، هو حقيقته دفع بعدم قبول الدعوى في صورة حكم .

٣ـ يتفق كلٌ من الفقه والنظام والقانون على أنه في حالة إغفال القاضي؛ لإثارة الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام ؛ يكون سبباً كافياً ومقنعاً لمنح الخصم فرصة الطعن في الحكم؛ لأنه مبني على أساس غير سوي بمخالفته لأقوال الفقهاء أو لما نص عليه النظام أو القانون .
٤ـ يتفق كلٌ من الفقه والنظام والقانون بصفة عامة على أن إغفال القاضي لإثارة الدفع بعدم القبول غير المتعلق بالنظام العام ؛لا يترتب عليه المساس بالحكم الصادر في الدعوى بالطعن فيه .

وأوجه الخلاف :

ـ لم يُورد الفقهاء مثل هذا التقسيم إلا أن بعضهم أجاز قبول الدفع الصحيح بعد الحكم بما يؤدي لنقضه، ولا شك أن من ذلك لو طعن المدعى عليه بعدم توافر شروط قبول الدعوى، مثل : الصفة ونحو ذلك؛ بما لا يُمكن معه التصحيح أن يكون من الدفع الصحيح الذي يتيح للخصم طلب نقض الحكم .

أمَّا النظام والقانون فيمكن استلهام ذلك من نصوصهما .

وأرى أن هذا أيضاً ليس بالخلاف البائن ؛ طالما أنه بالإمكان الوصول للنتائج نفسها.

المبحث الثالث

الدفع بعدم القبول وسلطة الخصوم في الفقه والنظام والقانون

تمهيد وتقسيم :

يمثل الخصوم الركن الأساسي من أركان الخصومة المدنية ، فهم يمارسون دوراً إيجابياً في مباشرة إجراءاتها ، إذ تبدأ الخصومة بإرادتهم ، ويملكون تسييرها ويحددون موضوعها بما يقدمونه من طلبات ودفوع وأدلة ، فضلاً عن هذا فهم الأشخاص الذين تنصرف إليهم آثار هذه الإجراءات والحكم الصادر فيها ، ولذا يمكن القول إن الخصومة بالخصم ومن أجل الخصم .

وهناك تساؤلات تم صياغتها لتشكل محوراً لهذا المبحث وهي على النحو الآتي :

١ـ من هم الخصوم في الفقه والنظام والقانون ؟

٢ـ من يملك منهم تقديم طلباته ودفوعه ؟

٣ـ هل يملك أي من الخصوم سلطة طرح الدفع بعدم القبول ؟

٤ـ هل توجد قيود ترد على حرية الخصم في إبداء الدفع بعدم القبول ؟

٥ـ هل يجوز لهم التنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول ؟

وبناء لذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : الدفع بعدم القبول وسلطة الخصوم في الفقه

المطلب الثاني : الدفع بعدم القبول وسلطة الخصوم في النظام

المطلب الثالث : الدفع بعدم القبول وسلطة الخصوم في القانون

المطلب الرابع : المقارنة

المطلب الأول

الدفع بعدم القبول وسلطة الخصوم في الفقه

أولاً : تعريف الخصم :

الخصم في اللغة : يشمل المُخاصِم والمُخاصَم ، فهما خصمان أي كل واحد منهما خصم صاحبه ؛ لأنه يخاصمه ، وفلان خَصْمي ، الذكر والأنثى والواحد والجميع فيه سواء [١] . وقيل للخصمين : خصمان لأخذ كل واحد منهما في شِقٍ من الحجاج والدَّعوى [٢] .

والخصم في اصطلاح الفقهاء لا يخرج عن المفهوم اللغوي، فهو يشمل المدعي والمدعى عليه ، وكل من يتدخل في الخصومة أو يُدخل فيها على وجه المخاصمة [٣].

وقد اجتهد الفقهاء في وضع ضوابط للتمييز بين المدعي والمدعى عليه؛ نظراً للحاجة الماسة إلى توضيح الفرق بينهما حتى لا يقع الخلط بينهما، كون المدعي هو من يقع عليه عبء إثبات ما يدَّعيه، والمدعى عليه من تلزمه اليمين حالة إنكاره وطلب المدعي؛ مما أدى لاختلاف عباراتهم . والذي أرجحه هو ما ذهب إليه معظم فقهاء الحنفية، وكثيرون من فقهاء المذاهب الأخرى ؛ وهو يعود إلى خاصية أساسية في المدعي والمدعى عليه مستوحاة من طبيعة الدعوى من أنها تصرف شرعي مباح؛ يقوم به المدعي باختياره [٤].

وأمَّا جوابها فهو ناتج من نواتج ذلك التصرف، واجب على المدعى عليه القيام به [٥]. فعرفوا المدعي بأنه : من إذا ترك الخصومة لا يُجبر عليها، والمدعى عليه هو: من إذا تركها يُجبر عليها [٦] .

---

(١) ابن دريد ، أبو بكر محمد بن الحسن : جمهرة اللغة ، تحقيق رمزي منير بعلبكي ، (دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط ١، ١٩٨٧) ، مادة (خ ، ص ، م) ، جـ١ ، ص ٦٠٥.

(٢) الزبيدي ، محمد مرتضى : تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق علي شيري ، (دار الفكر للطباعة ، بيروت ، لبنان ، طبعة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م) ، باب الميم فصل الخاء ، جـ ١٦، ص ٢١٦.

(٣) الشوكاني ، محمد علي : الدراري المضيئة شرح الدرر البهية ، جـ ١ ، ص ٤١٨.

(٤) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ١٧٧.

(٥) المرجع السابق ، ص ١٧٧.

(٦) ابن عابدين ، محمد علاء الدين : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٥٣٧.
ومن يريد الاستزادة حول أراء الفقهاء في التفريق بين المدعي والمدعى عليه والاستثناءات والاعتراضات الواردة على التعريفات فليرجع إلى : =

ويتبين أن ميزان الفرق بينهما هو الإجبار وعدمه . فمن كان مجبوراً على موقفه من الطلب هو المدعى عليه ، ومن لا يُجبر ابتداءً أو لاحقاً فهو المدعي . وتشكل هذه القاعدة إحدى القواعد الفقهية للدعوى القضائية (١).
والخصم عند الفقهاء إمَّا أصيل أو وكيل أو وصي أو وارث أو من بينه وبين الغائب اتصال في المدعى به (٢) .

ثانياً : مدى حرية الخصوم في خلق الدفع بعدم القبول وطرحه:

الدفع من قبل المدعى عليه لرد دعوى خصمه،هو حق شخصي مقررله في الفقه الإسلامي ، حيث يخوله الشرع بالإدلاء بحجته والدفاع عن نفسه بالدليل في مجلس القضاء . كما يعطى هذا الحق إلى المدعي فيما لو توجه الجواب عليه (٣) .

وقد صرح الفقهاء بمشروعية الدفع، حيث أجمعوا على صحته ، وجوازه بين المتخاصمين؛ وجعلوا ذلك من العدل الواجب الاتباع من جهة القاضي، سواء أكان الدفع من المدعى عليه، أم من المدعي في جوابه الذي يقصد به رد دفع المدعى عليه (٤). والدفع في نظر الفقهاء ،هو دعوى في حد ذاته . هذه الدعوى تكون في مقابلة دعوى المدعي (٥) .

وهو بهذا المفهوم يُعد تصرفاً شرعياً اختيارياً مباحاً، مثله مثل الدعوى تماماً، حيث يحق للمدعى عليه استعماله أو عدم استعماله؛ فهو ليس واجباً مفروضاً عليه، فلا يُجبر عليه إذا تركه (٦) .

سبق أن تناولت تقسيم الدفوع في الفقه الإسلامي، ولست في حاجة لتكرار ذلك (٧)، غير أنه يمكن القول إن القاعدة في الفقه الإسلامي أن المدعى عليه أو من ينوب عنه يملك حق إثارة الدفع أيّاً كان نوعه، فهو في حقه جائز، وإن اختلف وقت التمسك بإثارته تبعاً لنوع الدفع . كما أن من حقه تنبيه القاضي على الدفع المتعلق بالنظام العام؛ فيما لو أغفله القاضي .

= ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، ص ١٧٥: ١٩٧.
(١) آل الشيخ ، حسين عبد العزيز : القواعد الفقهية للدعوى القضائية ، جـ ١ ، ص ١٦٠.
(٢) الجارم ، محمد صالح : كتاب المجاني الزهرية على الفواكه البدرية لابن الغرس، ص ٩٥.
(٣) الدّغمي ، محمد راكان : دعوى التناقض والدفع في الشريعة ، (رسالة لنيل درجة الدكتوراه من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بمصر عام ١٩٨٦م ، دار عمَّار، عمّان ، الأردن ، و ودار الجيل ، بيروت ، لبنان ،الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ / ١٩٩١م)، ص ١٥٥.
(٤) المرجع السابق ، ص ١٥٦.
(٥) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات ،ص ٥٨٧.
(٦) المرجع السابق ، ص ٨٥.
(٧) انظر : الفصل الأول ، المبحث الأول ، المطلب الأول ، ص ٣٠.

ويمكن للخصم استمداد حريته في طرح الدفع بعدم القبول من القواعد التالية :

١ـ كون الدفع تصرفاً شرعياً مباحاً ، مما يتيح له جواز إثارته واستعماله أو عدم استعماله .

٢ـ حقه في الإمـهال وأخذ الوقت الكـافي الذي يـراه القاضـي مناسباً للإتيان بدفعه [١] .

٣ـ حقه في إبداء هذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى، سواء أكان قبل البيِّنة أم بعدها، وقبل الحكم أو بعده [٢].

٤ـ حقه في إبداء كل دفوع عدم القبول على سبيل الاستقلال، وليس في وقت واحد ؛ لأن كل دفع ينشأ عن سبب مستقل بذاته . وهذا مستفاد من استقلالية شروط القبول التي وضعها الفقهاء . فمثلاً يستطيع المدعى عليه أن يدفع دعوى خصمه بأنها غير محققة، ثم بعد تصحيحها من المدعي يستطيع أن يأتي بدفع آخر، مثل : وجود تناقض في أقوال المدعي بما لا يمكن الجمع بينها .

وتمثيلاً لسلطة الخصوم في إنشاء الدفع بعدم القبول وطرحه؛ وجود اتفاق سابق بينهما على الصلح . فهذا الاتفاق يعني أن الخصوم قاموا بتسوية منازعتهم فيما بينهم بدون حكم صادر، ولا محكم يفصل في النزاع، مما يؤدي إلى التأثير بلاشك في قبول دعوى الخصم الذي يتقدم بها للقضاء ؛ لأن وجود عقد الصلح يُسهم في نشوء الدفع بعدم القبول . وأمَّا عن كيفية هذا الإسهام فيتضح من خلال التأثير في شرط المصلحة الواجب توافره ؛لإمكانية قبول دعوى الخصم ، حيث إنه بهذا الاتفاق على الصلح لا توجد فائدة ومصلحة لدى المدعى عليه من طرح النزاع على القضاء ، كما أنه لا فائدة ومصلحة شرعية تتوخاها المحكمة من نظر النزاع ، كون عقد الصلح قد حسم النزاع مبكراً، ومن ثم من العبث نظر دعوى محسوماً النزاع فيها أصلاً، وإشغال للقضاء عن مهمته الموضوع لأجلها . فهنا إرادة الخصوم أسهمت في إنشاء الدفع بعدم القبول وطرحه .

ثالثاً : القيود التي ترد على حرية الخصوم في إبداء الدفع بعدم القبول:

الأصل أن حرية الخصم في إبداء الدفع بعدم القبول لا تتقيد لا بالكلام في موضوع الدعوى، ولا تتأثر بإبداء أي دفع أو طلب ، ولا حتى بالحكم القضائي ؛ لأن وقت إبدائه عند الفقهاء في أي مرحلة تكون عليها الدعوى.

---

(١) ابن فرحون ، إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٤٦.

(٢) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات ،ص٦١٠.

ولكن هناك بعض القيود التي ترد على هذه الحرية قد وضعها الفقهاء وهي :

١ـ بما أن الدفع من قبل المدعى عليه يعتبر في مفهوم الفقهاء دعوى في حد ذاته؛ فيشترط فيه ما يشترط في الدعوى ، بالإضافة إلى شرط أن تسبقه دعوى [(١)] . وفي حالة تقديم دفع ليس لصاحبه فيه صفة أو مصلحة نكون بصدد دفع غير مقبول لمخالفة صاحبه شرطاً من شروط قبول الدفع.

٢ـ الإعذار والتعجيز: " يطلق بعض الفقهاء على قفل باب المرافعة : الإعذار بتقديم حجّة أو إحضار بيِّنةٍ " [(٢)]. وهو شرط قبل الحكم عند فقهاء المالكية[(٣)].

ومعنى ذلك أن لا يحكم القاضي إلا بعد أن يسأل المدعى عليه بقوله: أبقيت لك حجة ؟ فيقول : لا . وبعد هذا الإعذار لا يُقبل من المدعى عليه أي حجة[(٤)] . أما لو قال الخصم : نعم ، يمهله القاضي أجلاً معيناً ليأتي بمدفعه أو حجته . وبعد انقضاء الآجال ، واستيفاء الشروط ، ولم يأتِ الخصم بشيء يوجب له ، أعجزه القاضي وأنفذ القضاء عليه ، ثم لا يسمع منه بعد ذلك حجة إن وقع عليها [(٥)]. فهذه الفترة التي حددها فقهاء المالكية تمثل قيداً على حرية الخصم في إبداء الدفع بعدم القبول الغير متعلق بالنظام العام .

رابعاً : مدى جواز التنازل من قبل الخصوم عن التمسك بالدفع بعدم القبول :

سبق أن ذكرت أن الدفع في الفقه الإسلامي، هو حق شخصي للخصوم لهم أن يستعملوه ، ولهم أن لا يستعملوه ، فهو يستمد هذه الرخصة من طبيعته الذاتية التي تشكل تصرفاً من التصرفات الشرعية المباحة ، وبالتالي يحق لهم التنازل عنه فيما طرحوه من دفوع شريطة ألا يتعلق الدفع بالنظام العام . فلو تعلق الدفع بالنظام العام فإنه لا يتأثر بتنازل الخصوم .

والشكل الذي يتم فيه التنازل، إمَّا صراحة كمن يسحب دفعه بوجود صلح سابق بينه وبين المدعي بحجة ما وقبله القاضي. وإمَّا ضمنياً ؛ ويتم هذا بامتناع الخصم عن إثارة دفعه حتى انتهاء الإعذار .

---

(١) ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات ، ص ٥٨٧

(٢) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ١ ص ٣٢٨.

(٣) ابن فرحون : إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٤٢.
ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات ، ص ٤٧٩.

(٤) ابن فرحون : إبراهيم علي : تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٤٢.

(٥) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ١٥٢وما بعدها .

المطلب الثاني

الدفع بعدم القبول وسلطة الخصوم في النظام

أولاً : تعريف الخصم :

لا يخرج مفهوم الخصم في النظام عن المفهوم الشرعي، فهو يشمل المدعي والمدعى عليه، والمتدخل في الخصومة أو المُدخل فيها .

والتمييز بين المدعي والمدعى عليه يخضع لنفس الضوابط التي أوردها الفقهاء ؛ وذلك لأن النظام في الأصل مأخوذ من الفقه الإسلامي. وما لم يورده الفقه الإسلامي؛ فهو من قبيل الاجتهاد والتنظيم الذي لا يتعارض بطبيعة الحال مع ما نص عليه الكتاب والسنة؛ إعمالاً للمادة الأولى من النظام .

ثانياً : مدى حرية الخصوم في خلق الدفع بعدم القبول وطرحه:

الدفوع هي : وسائل وأدوات إجرائية وضعها المنظم حينما رسم إجراءات التقاضي، وهي تتولد من ممارسة الحق في الدعوى . فإذا لم تُمارس الدعوى القضائية أمام القضاء، فإن وسيلة الدفوع لن تتولد .

وهي حقوق إجرائية ثابتة للمدعى عليه وحده ، ولكل من يشغل مركزه الإجرائي [1] .

ويقع على المحكمة واجب احترام حقوق الدفاع المقررة للخصوم وتمكينهم من استعمالها؛ لتعلقها بمبدأ العدالة . وإذا كان الدفاع في الخصومة حقاً للخصم ، فهو ليس واجباً عليه إن شاء استعمله وإن شاء لم يستعمله ، وعلى ذلك ليس للمحكمة أن تجبر الخصم على الدفاع عن حقوقه، وإنما تمكينه من إبداء طلباته ودفوعه دون أن يكون واجباً عليها لفت الخصم إلى حقه في الدفاع عن حقوقه [2] .

وبناء عليه فإن حرية الخصم في إبداء الدفع بعدم القبول ـ باعتباره أحد أنواع الدفوع في الخصومة ـ تنبثق من حريته الممنوحة له قضاء ونظاماً بممارسة حقوقه كأساس بارز .

وهناك أمور أخرى توضح حرية الخصم في إبداء هذا الدفع بما يلي:

١ـ حقه في إبداء هذا الدفع في أي مرحلة تكون عليها الدعوى (م٧٢).

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية ، ص ٣٦٢ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٦٣ وما بعدها .

٢ـ حقه في إبداء هذا الدفع بشكل متتابع ، وليس في وقت واحد ؛لأن كل دفـع من دفوع عدم القبول،هو ناشئ نتيجة سبب مستقل بذاته، بما يقضي أن تحكم المحكمة في كل دفع بعدم القبول على وجه الاستقلال، ما لم تقرر المحكمة ضمه إلى موضوع الدعوى ، وعندئذ تبين ما حكمت به في الدفع والموضوع (م٧٣).
٣ـ حقه في إبداء هذا الدفع ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إذا كان متعلقاً بالنظام العام الإجرائي[١].
٤ـ حقه في عدم إبداء هذا الدفع مطلقاً، رغم نشوء سببه أو سحب ما أبداه من دفع بعدم القبول إذا لم يكن متعلقاً بالنظام العام الإجرائي؛ لأن الأصل للخصم الجواز في إبداء دفوعه أو عدم إبدائها وليس الوجوب .

وتطبيقاً لذلك فإن للخصوم حق إنشاء هذا الدفع وطرحه، فمثلاً يحق لهم الاتفاق على الصلح سواء أكان هذا الاتفاق قبل تقديم الطلب القضائي إلى المحكمة أو أثناء نظر الدعوى ، كما أن لهم أن يطلبوا من المحكمة في أي حال تكون عليها الدعوى تدوين ما اتفقوا عليه من إقرار أو صلح أو غير ذلك ، وعلى المحكمة إصدار صك بذلك(م٦٧) . هنا تتضح إرادة الخصوم في إبرام الاتفاق بينهم، والقاضي لا يفصل في موضوع النزاع بحكم حاسم ، وإنما منحه المنظم دور الموثق الذي يثبت ما جرى على يديه من قبل ذوي الشأن[٢].

وبهذا الاتفاق يمكن القول : إن إرادة الخصوم ساهمت في إنشاء العناصر المكونة للدفع بعدم القبول من خلال عقد الصلح الذي أبرمه الخصوم فيما بينهم ؛ بما يؤدي إلى ميلاد دفع بعدم القبول ، وذلك من خلال التأثير في شرط المصلحة التي اشترطها المنظم(م٤) . فلو تقدم أحدهم بدعوى في ذات الموضوع؛ فإن خصمه يستطيع طرح الدفع بعدم القبول لوجود صلح مسبق بينهما ، ومن حقه التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

ثالثاً : القيود التي ترد على حرية الخصوم في إبداء الدفع بعدم القبول:

على الرغم من أن المنظم قد أعطى للخصوم حرية إبداء هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى (م٧٢) ، بما يؤسس لهم حرية واسعة في الأصـــل لا تتقيد بالكلام في الموضوع إلا أن المنظم شاء أن يضع قيوداً على هذه الحرية تتمثل في الآتي :

---

(١) دويدار،طلعت،وآخر: التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص٣٦٠.
(٢) المرجع السابق ، ص٣٤٧.

١ـ قفل باب المرافعة، والمراد به : تهيؤ الدعوى للحكم فيها بعد انتهاء الخصوم من مرافعتهم ؛ بتقديم ما لديهم من دفوع وبيِّنات وطلبات ختامية ورفع الجلسة لتأملها والحكم فيها [١] .
وبعد قفل باب المرافعة لا يقبل القاضي أي تدخل في الخصومة ولا يقبل أي طلب أو دفع ما لم تكن الأسباب مقنعة ومبررة تدفع القاضي لإعادة فتح باب المرافعة[٢] .
٢ـ توافر شرط الصفة والمصلحة للخصم المتمسك بهذا الدفع، فعدم توافر أي منهما يعد قيداً على استعماله؛ بما يؤدي إلى عدم قبول هذا الدفع من جانب الخصم [٣] .

رابعاً : مدى جواز التنازل من قبل الخصوم عن التمسك بالدفع بعدم القبول:

يجب التفريق بين نوعي الدفع بعدم القبول ، فما يتعلق بالنظام العام وفق المادة (٧٢) من النظام لا يملك الخصم الاتفاق على خلافه سواء أكان بالتنازل أو الصلح ونحو ذلك ، كما أن تنازله عنه ليس له أي أثر .

أمَّا إذا كان الدفع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام، فإنه يحق للخصم التنازل عنه إمَّا صراحة أو ضمنياً . ويستمد هذه الأحقية من قاعدة أن الدفع في الأساس هو حق جوازي للخصوم لهم أن يستعملوه ، كما أن لهم ألا يستعملوه .

وأرى أن الشكل الذي يتم فيه التنازل الضمني يكون بقفل باب المرافعة، حيث يُفهم أن هذا الخصم بإرادته قد تنازل عن دفعه بسكوته وامتناعه عن إثارته ؛ لأن قفل باب المرافعة يُعد قيداً على دفوع عدم القبول الغير متعلقة بالنظام العام التي نشأت قبل قفل باب المرافعة. وهذا لا يتنافى مع نص المادة (٧٢) من أن الدفع بعدم القبول يجوز إبداؤه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ؛ لأن هذه المادة جمعت في ثناياها الدفوع المتعلقة بالنظام العام بما فيها الدفع بعدم الاختصاص ، بما يُفهم منه أن هذا الوقت يخص الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام فقط .

---

(١) انظر: المادة (٦٦ /١) من اللائحة التفسيرية لنظام المرافعات الشرعية السعودي .
آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية ، جـ ١ ، ص ٣٢٨.
(٢) انظر: المواد (٦٦، ٧٧، ٧٨) من النظام .
(٣) انظر: المادة (٤) من النظام .

المطلب الثالث

الدفع بعدم القبول وسلطة الخصوم في القانون

أولاً : تعريف الخصم :

توجد في الفقه القانوني عدة نظريات تُعرِّف الخصم ، بعضها تُعرِّفه بناء على أسس موضوعية بأنه : " طرف الرابطة الموضوعية محل النزاع "[١]. وبعضها تُعرِّفه بأنه : صاحب الصفة في الدعوى .[٢]
وغير ذلك من التعاريف التي لا تخلو من النقد ، وليس هذا محل بحثها .

وأفضل نظرية في تعريف الخصم هي النظرية الإجرائية، فهي النظرية السائدة في الفقه القانوني، حيث تبني الخصم على معيار إجرائي، هو الطلب القضائي . فالخصم وفقاً للرأي السائد، هو من يقدم باسمه أو في مواجهته الطلب القضائي [٣]. وينطبق هذا الوصف على أطراف الخصومة الأصليين المدعي والمدعى عليه ، كما ينطبق على كُل من يتدخل أو يختصم فيها [٤] .

ومن هذا التعريف يبدو أن فكرة الخصم ترتبط بمجرد تقديم طلب الحماية باسم شخص ؛ بغض النظر عمَّا إذا كان من قدم الطلب باسمه، هو حقيقة صاحب الحق أو المركز القانوني الموضوعي المطلوب حمايته أم لا ، وما إذا كانت له صفة في الدعوى أم لا . كذلك الأمر بالنسبة لمن يقدم الطلب ضده ، فهو يعتبر خصماً بصرف النظر عمَّا إذا كان هو الطرف السلبي في الحق في الدعوى . ولهذا لا يعتبر خصماً المالك على الشيوع الذي لا يشترك في تقديم الطلب بشأن الملكية ، وعلى العكس يعتبر خصماً من يقدم طلباً منازعاً في الملكية ولو لم يكن هو المالك [٥].

وتحديد فكرة الخصم على هذا النحو يتسق مع استقلال الخصومة عن كل من الحق الموضوعي والحق في الدعوى ، فإذا لم يكن الشخص قد وجه طلباً أو وجه إليه طلب فلا يعتبر خصماً ، ولو كان ماثلاً في الخصومة [٦] .

---

(١) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٩ ، حاشية رقم (٣) .
(٢) المرجع السابق ، ص ٤٢٩ ، حاشية رقم (٣) .
(٣) المرجع السابق ، ص ٤٢٩.
(٤) المرجع السابق ، ص ٤٢٩.
(٥) والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، جـ ١ ، ص ٥٩٣ وما بعدها .
(٦) المرجع السابق ، ص ٥٩٤.

ويفترض كل طلب بالحماية أمام القضاء وجود خصمين، فمن يقدمه يسمى مدعي، ومن يوجه إليه يسمى مدعى عليه . وبغيرهما لا توجد خصومة مدنية ، ولهذا يُسميان بالطرفين الأصليين في الخصومة (١) .

فلفظ " المدعي " ينصرف في اصطلاح هذا الفقه إلى القائم بالدعوى ، أو البادئ في الخصومة أو الشاكي ، فهو الذي يدعي شيئاً ، وبالتالي يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه ، بحيث يضطلع بالدور الإيجابي في الدعوى ، بينما يبقى موقف خصمه " المدعى عليه " سلبياً، وهو المشكو منه ابتداء (٢).

فالذي يميز بينهما إذن ليس فقط تقديم الطلب ، وإنما أن يتضمن هذا الطلب رفع دعوى معينة (٣) .

ثانياً: مدى حرية الخصوم في خلق الدفع بعدم القبول وطرحه:

يعتبر الدفع من حقوق الدفاع الأساسية للخصم ، حيث إن الأصل أن القانون ينظم الدفوع باعتبارها وسيلة لرد المدعى عليه على دعوى خصمه وتمكينه من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها، فهي الأداة المقابلة للدعوى في يد المدعى عليه، ومع ذلك فإن المدعي يحق له تقديم دفوعه للرد على الطلبات العارضة للمدعى عليه، كما يحق له الرد على دفوع المدعى عليه سواء من ناحية موضوعها أو إجراءاتها، وهو ما يعد دفعاً بالمعنى الواسع (٤) .

والقاعدة لدى الفقه القانوني : أن أي من الخصوم من حقه طرح الدفوع بكافة أنواعها على القضاء، سواء أكانت متعلقة بالنظام العام أم لا . ويختلف وقت طرحها بحسب اختلاف أنواعها، ومدى تعلقها بالنظام العام من عدمه .

ويرجع السبب في ذلك إلى أن حرية الخصوم في إبداء الدفع، هو مقتضى مبدأ سلطان إرادة الخصم في استعمال دعواه ، وهو مقتضى الوظيفة القانونية للدفع بعدم القبول متمثلة في التوخي من استعمال الخصم الآخر لدعواه بشكل خاطئ . والأصل أن كل حق دعوى هو توأم حق دعوى آخر، وند له بمضمونه الذي يمتد إلى استيعاب استعمال الدعوى في حالته الابتدائية أمام قاضي الدرجة الأولى ، واستعمال الدعوى في حالتها النهائية أمام قاضي الاستئناف . ولهذا فمبدأ سلطان إرادة الخصم ينتشر في هذه المساحة ، كما أن خطأ الخصم الآخر يمكن أن يحدث على امتداد هذه

---

(١) والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، جـ ١ ، ص ٥٩٤.
(٢) مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، ص ٣٠٨.
(٣) والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، جـ ١ ، ص ٥٩٤.
(٤) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤١٢.

المساحة [١] . وما استقر عليه الفقه والقضاء والقانون من إبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى، وليس في بداية النزاع ما هو إلا مظهر من مظاهر حرية المتقاضي في إبداء الدفع [٢] .

والمظهر الثاني لحرية الخصم في إبداء الدفع :هو حريته في إبداء الأوجه التي يقوم عليها الدفع على سبيل التتابع ، وليس في وقت واحد . وهذا يعني أن كل وجه من الأوجه التي يبنى عليها الدفع بعدم القبول ، هو بمثابة سبب واقعي مستقل لدفع بعدم القبول قائم بذاته؛ بما يقتضي أن تحكم المحكمة في كل دفع بعدم القبول من هذه الدفوع على استقلال [٣].

والمظهر الثالث: فهو حرية الخصم في أن لا يبدي الدفع بعدم القبول الذي تحقق سببه من الناحية الواقعية في الحالة الابتدائية، فيمكن إبداؤه ولو لأول مرة في الاستئناف، ما لم يتعلق الدفع بحقوق الخصوم المتوجب إبداؤها قبل الدخول في أساس الدعوى [٤] .

والمظهر الرابع : فهو حرية الخصم المتقاضي أن لا يبدي الدفع مطلقاً رغم تحقق سببه الواقعي ؛ لأن الأصل في مسألة إبداء الخصم للدفع بعدم القبول أنها مسألة جوازية له، حيث له الحرية في إبدائه كما أن له الحرية في عدم إبدائه [٥] .

والمظهر الخامس : يكمن في حرية الخصم في سحب ما أبداه من دفوع بعدم القبول . والسحب يعني اعتبار الدفع كأن لم يكن، سواء تعلق بالنظام العام أم لم يتعلق [٦] .

وأرى أن الدفع بعدم القبول في حالة تعلقه بالنظام العام ؛ يتوجب على المحكمة إثارته بعد أن تنبهت له من الخصم، ولذا لا يعتد بطلبه حيال سحب هذا الدفع إعمالاً لنص المادة (١١٥مرافعات).

والمظهر السادس : **أرى** أن للخصم حرية إبداء الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام فيما لو أغفلته المحكمة، سواء أكان هذا الإغفال سهواً أو تعمداً .

---

(١) حشيش ، أحمد محمد : الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٣٦٤.
(٢) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ٢ ، ص ١١٠١.
(٣) حشيش ، أحمد محمد : الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٣٦٥
(٤) المرجع السابق ، ص ٣٦٥.
(٥) المرجع السابق ، ص ٣٦٦.
(٦) المرجع السابق ، ص ٣٦٦.

ومن الأمثلة التي تبين سلطة الخصوم في طرح الدفع بعدم القبول وخلقه : الاتفاق على التحكيم ، فهو اتفاق أطراف النزاع فيما بينهم على عرض النزاع على جهة أخرى غير جهة القضاء التابع للدولة ، فهو مجرد عقد من عقود القانون الخاص، رخص فيه قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م للأفراد إبرامه . وبتمام هذا الاتفاق على التحكيم صحيحاً ومطابقاً للقانون ، يعني أن إرادة الأفراد تدخلت لمنع أصحابها من الحصول على الحماية القضائية من القضاء العادي التابع للدولة، وارتضت الحصول على حماية قضائية من المحكمين ؛ بناء على سماح قانوني منحه المقنن المصري للإرادة الفردية [١] .

والاتفاق على عدم اللجوء إلى القضاء بطريق الدعوى، بواسطة الاتفاق على التحكيم ؛ يؤدي إلى إنشاء وخلق دفع بعدم القبول إذا ما حدثت مخالفة لاتفاق التحكيم ، وذلك عند عرض النزاع على القضاء التابع للدولة؛ فأساس هذا الدفع هو عقد التحكيم[٢] .

وعقد التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، وإنما يمنعها من سماع الدعوى ما دام شرط التحكيم قائماً . والخصم بهذا الاتفاق يتنازل عن الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه، وبالتالي يكون الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم من قبيل الدفوع بعدم قبول الدعوى ؛ لأن الخصم ينكر به سلطة خصمه في لجوئه للقضاء العادي للذود عن حقه [٣]؛ ولأن الاتفاق على التحكيم يؤدي إلى المساس بالشروط اللازمة لقبول الطلب القضائي ، فالحق في رفع الدعوى بدلاً من استعماله عن طريق الطلب القضائي تم استعماله عن طريق هيئة التحكيم [٤].

إضافة إلى أن الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم، تتخذ قواماً لوجوده وتجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يجوز التمسك به من قبل الخصوم أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً[٥] .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٨٧.
(٢) المرجع السابق ، ص ١٨٨.
(٣) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٨٣٦.
(٤) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٨٩.
(٥) المرجع السابق ، ص ١٨٩.

ثالثاً : القيود التي ترد على حرية الخصوم في إبداء الدفع بعدم القبول:

الأصل حرية الخصم المتقاضى في إبداء الدفع بعدم القبول هو سلطان واسع، لا يتقيد بالكلام في الموضوع أو في غير الموضوع ، وبالتالي لا يتأثر بإبداء أي طلب أو دفاع أو دفع حتى لو كان بعدم القبول ، ورغم ذلك إلا أن حرية الخصم المتقاضى تتقيد بما يتقيد به مبدأ سلطان إرادته في استعمال الدعوى من حدود نظامية تنظم استعمال حق الدعوى، كقفل باب استعمال الدعوى أي (قفل باب المرافعة) [1] . كما أن الحكم القضائي في الأصل ليس قيداً على سلطان إرادة الخصم المتقاضى في استعمال حق الدعوى ، بل تبدو حرية الخصم في استعمال حق الدعوى قيداً يقيد الحكم القضائي بما ينبغي أن يلتزم آخر طلبات الخصم . ولهذا فالأصل أن الحكم القضائي الابتدائي ليس قيداً على حرية الخصم المتقاضى في إبداء الدفع ، ويجب على محكمة الاستئناف أن تنظر على أساس ما يُقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة ، وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى [2] . ولعدم تقيد حرية الخصم المتقاضى في إبداء الدفع بالكلام في الموضوع أو في غير الموضوع أو في الحكم القضائي؛ فقد قيل بحق أن الأصل في التشريع أن يبدى الخصم ما لديه من دفوع في أي حالة تكون عليها الدعوى ما لم يكن مقيداً بصفة استثنائية من قبل المقنن بميعاد معين أو مناسبة خاصة [3]. مثل :الدفوع الإجرائية(الشكلية) غير المتعلقة بالنظام العام من وجوب إبداؤها قبل الكلام في الموضوع وقبل إبداء أي طلب أو دفع أو حتى دفع بعدم القبول (م١٠٨مرافعات).

ويمثل عدم التعسف قيداً على حرية الخصم المتقاضى في إبداء الدفع بعدم القبول ؛ لأن الأصل أن حق الدعوى القضائية يخضع لشرط سلبي عام مفاده عدم التعسف في استعمال حق الدعوى ، والأصل في جزاء مخالفة هذا الشرط السلبي العام أنه جزاء علاجي أو جزاء وقائي [4] .

وتطبيقاً لذلك فقد أشارت المادة (١٨٨مرافعات) إلى الجزاء العلاجي بقولها: " يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد . ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة

---

(١) حشيش ، أحمد محمد : الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٣٦٦.
(٢) المرجع السابق ، ص ٣٦٨.
(٣) المرجع السابق ، ص ٣٦٨ وما بعدها .
(٤) المرجع السابق ، ص ٣٨٨.

لاتقل عن أربعين جنيه ولاتجاوز أربعمائة جنيه على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً أو دفاعاً بسوء نية "[1] .

وأشارت المادة الثالثة من قانون المرافعات إلى الجزاء الوقائي بقولها: " لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون ..." .

ومن هنا فما يمكن التسليم به شروطاً للقبول وما يمكن التسليم به شروطاً لاستعمال الدعوى، أو ما جعلها الفقه والقانون شرطاً واحدا يتمثل في شرط المصلحة وخصائصه؛ يمثل في الحقيقة قيداً على الخصم في استعمال حق الدعوى، سواء أكان الاستعمال طلباً أو دفعاً، ويعبر عنه البعض بكونه شرطاً واحداً سلبياً عاماً مفاده عدم التعسف في استعمال حق الدعوى القضائية [2] . فحين تكون المخالفة تقديم طلب أو دفع ليس فيه مصلحة ؛ يوصف صاحبه بالتعسف في استعمال حق الدعوى القضائية، أي أنه لم يلتزم بما نص عليه القانون، وتجاوزه هو التعسف بعينه مما يحق مجازاته بعدم قبول طلبه أو دفعه .

رابعاً : مدى جواز التنازل من قبل الخصوم عن التمسك بالدفع بعدم القبول :

يسود الخصومة المدنية العديد من المبادئ التي من ضمنها مبدأ سيادة الخصوم، حيث يقصد به أن النزاع الخاص ملك للخصوم، لهم أن يطرحوه على القضاء ، كما أن لهم أن لا يطرحوه . وإذا رفع النزاع للقضاء يستطيع الخصوم تركه أوالتنازل عنه، أو إهماله وعدم السير فيه[3] .

ورغم ما يرد على هذا المبدأ من قيود ينص عليها القانون؛ تستمد من مبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ احترام حقوق الدفاع وغير ذلك من المبادئ.

ويتيح القانون من جهة أخرى للمدعي ـ إعمالاً لمبدأ حرية الدفاع ـ حق الدفاع عن دعواه ، كما يتيح للمدعى عليه حق الدفاع للرد على الدعوى [4] ؛ لأن مقتضى هذا المبدأ هو تمكين الخصوم من تقديم الدفوع والأدلة والأسانيد المثبتة لحقهم، وأنهم أحرار في استعمال هذه الوسائل أو عدم استعمالها، فإنه ينبني على ذلك أنه يجوز للخصوم التنازل عن التمسك

---

(١) هذا نص المادة المعدل بالقانون رقم ١٨لسنة ١٩٩٩م.
(٢) حشيش ، أحمد محمد : الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات ، ص ٣٨٩.
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٩٥.
(٤) المرجع السابق ، ص ١٩٥.

بالدفع بعدم القبول طالما لم يتعلق هذا الدفع بالنظام العام[1]. ويعني في نفس الوقت أن التنازل من قبلهم عن التمسك بالدفع المتعلق بالنظام ليس له أثر .

ويشترط في التنازل عن التمسك بعدم القبول الغير متعلق بالنظام العام أن يصدر عمن له صفة ومصلحة في التمسك به [2] .

وفي حالة تعدد المستفيدون ممن لهم الحق في التمسك بالدفع بعدم القبول جاز لكل منهم التمسك به فيما يخصه هو وحده ، بمعنى أنه لا يفيد من التمسك بالدفع إلا من أدلى به وحده ، كما أن التنازل لا يقيد إلا من صدر عنه ، وتستثنى الأحوال التي يتعلق فيها الدفع بالنظام العام؛ ففيها يجوز لكل خصم أن يتمسك به ، وعلى المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها [3] .

ولا يجوز اتفاق الخصوم على نزولهم مقدماً عن التمسك بسائر الدفوع المتصلة بعدم قبول الدعوى، ولو لم يتصل الدفع بالنظام العام، وإن كان يجوز هذا النزول بعد ثبوت الحق فيه [4] . وعلة ذلك أن هذا الاتفاق لا يؤمن معه التعسف، فهو يحرم الخصم من التمتع بالضمانات التي شاء المقنن أن يحيطه ويحميه بها ، كما أن التنازل يتصل بحق مستقبل لم ينشأ بعد . والقاعدة هي عدم جواز النزول عن الحقوق التي لم تنشأ بعد، متى كانت غير معينة بذاتها، بمعنى آخر لا يعتد بالنزول مقدماً ما لم ينص القانون عليه صراحة، كما هو الحال بالنسبة لجواز التحلل من قواعد الاختصاص المحلي ، على اعتبار أن هذه القواعد قد وضعت للتيسير على المتقاضين [5] .

أمَّا كيفية التنازل من قبل الخصوم عن التمسك بهذا الدفع يتم بامتناع صاحب المصلحة في التمسك به عن إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى ، وهو ما يسمى سلوك سلبي صادر من الخصم صاحب المصلحة في التمسك بهذا الدفع . وعلى ذلك فالكلام في الموضوع لا يتضمن أي تنازل عن الدفع بعدم القبول ، كما لا يعد كذلك إبداء الدفع الموضوعي قبل إبداء الدفع بعدم القبول [6] .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٩٥.
(٢) المرجع السابق ، ص ١٩٦.
(٣) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٧٧.
(٤) المرجع السابق ، ص ٨٥٨.
(٥) المرجع السابق ، ص ٤١ ، ٤٢ وما بعدها .
(٦) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٩٦، ١٩٩.

ويرى بعض الشراح أن هذا السلوك السلبي ؛ يثير بعض المشاكل التي ترجع للسياسة التشريعية ذاتها التي أجازت إبداء هذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية ، مما يصعب معها القول بأنه يوجد تنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول في مرحلة معينة من مراحل التقاضي، باعتبار أن سكوت الخصم عن إثارته دلالة على هذا التنازل (١) .

ولذلك حاول أصحاب هذا الرأي بإبداء رؤية حول التغلب على هذه المشكلة بالبحث عن محددات؛ يمكن معها الكلام عن سقوط الحق في التمسك بالدفع بعدم القبول ، حيث اعتبر أنه إذا ما كان مسلك صاحب الحق في التمسك بالدفع طوال إجراءات الخصومة؛ مؤسساً على مناقشة الموضوع وتقديم الأدلة وأوجه الدفاع المتعلقة بموضوع النزاع ، ولم يشكك في أي مرحلة من مراحل الخصومة في حق المدعي في طلب الحماية القضائية ؛ فإن مثل هذا الخصم يعتبر متنازلاً عن التمسك بالدفع بعدم القبول (٢) .

أمَّا إذا وجدت وقائع جديدة لم يتضمنها الطلب الأصلي وإنما أثارتها وسائل دفاع جديدة ، أو طلبات عارضة أو جديدة ، فلابد من تقدير مسلك المدعى عليه أو صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم القبول . فإذا كان مسلكه ينصب بصفة أساسية على مناقشة الموضوع وافتراض أن المدعي له حق في طلب الحماية القضائية؛ فيمكن القول أن هذا الشخص قد تنازل عن التمسك بالدفع بعدم القبول (٣).

وإذا التزم المدعى عليه جانب الحذر والتشكيك في حق المدعي في طلب الحماية القضائية، فلا يمكن إسناد إرادة مفترضة للمدعى عليه تعبر عن تنازله عن التمسك بالدفع بعدم القبول؛لأن الحذر والتشكيك لا يفيد تنازلاً صريحاً أو ضمنياً عن التمسك بالدفع بعدم القبول (٤) .

وخلص هذا الرأي إلى نقد اجتهاده بأنه يتعارض مع نص المادة (١١٥مرافعات) التي تنص على أنه يجوز إبداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى (٥) .

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ١٩٩.

(٢) المرجع السابق ، ص٢٠٠.

(٣) المرجع السابق ، ص٢٠١.

(٤) المرجع السابق ، ص٢٠١.

(٥) المرجع السابق ، ص٢٠١.

وأرى أنه طالما من المسلم به في الفقه القانوني أن دفوع عدم القبول الغير متعلقة بالنظام العام، هي في حقيقتها حقوق إجرائية شخصية؛ يستطيع الخصم أن يستعملها أو لا يستعملها . ويترتب على ذلك أنه يجوز للخصم عدم استعمالها إمَّا صراحة أو ضمناً؛ إعمالاً لنص المادة (١٤٤مرافعات) التي تجيز للخصم النزول عن أي إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمناً ، ويعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم تكن .

أمَّا الشكل الذي يستطيع فيه الخصم النزول ضمناً، فيكون بامتناعه عن إثارة الدفع حتى يقفل باب المرافعة، ومن ثم لا يقبل أي دفع من الخصم غير متعلق بالنظام العام ، ما لم تكن الأسباب جدية تمكن من إعادة فتح باب المرافعة .

ويرجع السبب في ذلك إلى أن قفل باب المرافعة يعد قيداً على الطلبات والدفوع الغير متعلقة بالنظام العام ، ولأن دفوع عدم القبول الغير متعلقة بالنظام العام لا تشكل مساساً بمجرى العدالة طالما أن الخصم امتنع عن إثارتها حتى تم قفل باب المرافعة . ونص المادة (١١٥) الذي يتيح للخصم إثارة الدفع بعدم القبول في أي مرحلة من مراحل الدعوى لا يمثل مشكلة؛ لأنه يخص دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام دون غيرها .

المطلب الرابع

المقارنـــــــــــــــــة

أعرض للمقارنة وفقاً للآتي :

١ـ يتفق كلٌ من الفقه والنظام والقانون حول مفهوم الخصم في مجال الخصومة المدنية بصفة عامة .

وأوجه الخلاف :

اجتهد الفقهاء في وضع ضوابط للتمييز بين المدعي والمدعى عليه .

بينما ما أورده فقهاء القانون لا يفي بالغرض، ذلك أن عبء الإثبات ملقى على عاتق من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو الثابت . وقد لا يكون هو البادئ في الخصومة ، كما أنه يجب التفرقة بين المدعي أصلاً في الدعوى، والمدعي عرضاً وهو المدعى عليه؛ الذي يصبح مدعياً في الإثبات عند دفعه بادعاء جديد . فالعبرة بمن ادعى شيئاً في أيّة مرحلة من مراحل الدعوى، لا بالمدعي الأصلي(١) .

وهذا يدل على تفوق الفقه الإسلامي على القانون في وضع ضوابط خاصة ومهمة في التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

٢ـ يتفق الفقه والنظام والقانون على أحقية الخصم في طرح الدفع بعدم القبول والتنازل عنه إذا لم يكن متعلقاً بالنظام العام وفي إظهار القيود التي ترد على حرية الخصم في طرح هذا الدفع ، وذلك بصفة عامة .

وأوجه الخلاف :

لم يُشر الفقهاء لما ذكر سوى أنه من الممكن استنباط ذلك من كتبهم.

بينما يتميز الفقه القانوني بإثراء مثل هذه المواضيع والتوسع في إبرازها.

---

(١) العميريني ، علي عبد العزيز : الدعوى وأساس الادعاء في الفقه الإسلامي،ص ٣٥.

المبحث الرابع

مدى الطعن في الدفع بعدم القبول في الفقه والنظام والقانون

يتضمن أربعة مطالب :

المطلب الأول : مدى الطعن في الدفع بعدم القبول في الفقه

المطلب الثاني : مدى الطعن في الدفع بعدم القبول في النظام

المطلب الثالث : مدى الطعن في الدفع بعدم القبول في القانون

المطلب الرابع : المقارنة

المطلب الأول

مدى الطعن في الدفع بعدم القبول في الفقه

الطعن في اللغة : الدخول في الشيء ، تقول طَعَنه بالرُّمْح يَطْعُنُه ويَطْعَنُه طَعْناً أي وخزه بحربة ، وكما يكون الطعن بالرمح يكون أيضاً بالقول(١)، ومنه تقول طعن فيه وعليه أي قدح من باب نصر(٢) .

وقد استخدم الفقهاء مصطلح الطعن في مجال الدعاوى والخصومات في أدلة الإثبات ، ومن ذلك عند حديثهم في جرح الشهود ، فيُعرف بأنه جرح الشهود بما يمنع قبول شهادتهم(٣). وأيضاً استُخدم في البيّنة من حيث متى يجوز الطعن بها قبل الحكم وبعده (٤).

واستخدم الفقهاء مصطلح الدفع بعد الحكم ، وممارسة هذا الحق بعد صدور الحكم لا يتأتى إلا عن طريق الطعن ، فالطعن في الحكم بعد صدوره هو في حقيقته دفع للدعوى ، حيث يُطالب المحكوم عليه بنقض الحكم ، وإعادة نظر الدعوى أو إبطالها (٥).

والقاضي عندما يتفحص دعوى المدعي المعروضة عليه في شكل طلب قضائي ، فإنه يتحقق من توافر أو عدم توافر شروط قبولها . فإذا وجدها مستكملة لشروط قبولها، عدها صحيحة مما يتوجب عليه نظرها ، أمَّا إذا وجدها مختلة في بعض شروطها؛ توجب عليه ردها وعدم قبولها، كونها غير صالحة لنظر الدعوى ، ما لم يُمكن للمدعي تصحيحها ومن ثم تقديمها مرة أخرى .

---

(١) ابن منظور، محمد مكرم:لسان العرب ، جـ ١٣، ص ٢٦٥: ٢٦٧، باب الطاء فصل النون.
(٢) الرازي ، محمد بن أبي بكر : مختار الصحاح ، ص ١٦٥، كتاب الطاء مادة (ط ، ع ، ن).
(٣) أبو عبد الله ، محمد بن أبي الفتح البعلي ، المطلع على أبواب المقنع ، تحقيق محمد بشير الأدلبي ، (المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، د.ط ، ١٤٠١هـ)، ص ٤٠٠.
ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : البحر الرائق ، جـ ٧ ، ص ٦٥.
العبدري ، محمد بن يوسف : التاج والإكليل ، جـ ٦، ص ١٤٤.
(٤) الدسوقي ، محمد عرفة : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ١٤٨.
(٥) أبو النور ، محمود محجوب : نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، ص ٣٥٩.

والحقيقة إن فعل القاضي هذا يُعد حكماً صادراً في هذه الدعوى، وإن لم يسمَّه الفقهاء كذلك. هذا الحكم هو عدم قبول أو عدم سماع الدعوى . وهدف عدم القبول هنا هو تجنيب المحكمة من نظر موضوع دعوى مختلة في أحد أو بعض شروطها . هذا الحكم طالما أنه لا يهدف إلى الفصل في موضوع الدعوى ولا يمسه بأي حال من الأحوال ؛ فإنه يُعد حكماً فرعياً صادراً قبل الفصل في موضوع الدعوى . ولهذا عد أحد الباحثين هذا الحكم من قبيل الأحكام الإجرائية الصادرة قبل الفصل في الحق الموضوعي(١) .

والقاضي إذا أصدر حكمه بعدم قبول أو عدم سماع الدعوى ؛ لتخلف أحد شروطها، فإن حكمه يكون قد فصل فيه على وجه الاستقلال دون أن يقرر ضمه للموضوع . وهذا يتماشى مع المقصد من هذا الدفع في تجنيب المحكمة من الفصل في الموضوع ؛ ولكن لو أراد القاضي ضم هذا الدفع إلى الموضوع للفصل فيهما معاً ، فإنه لا يوجد ما يمنع القاضي من ذلك؛ متى ما رأى أن الفصل في الدفع لا يؤتي ثماره في تجنيب المحكمة من الفصل في الحق الموضوعي، مثل ضم الحكم بعدم قبول الدفع بعدم القبول مع الموضوع للفصل فيهما معاً .

والحكم بعدم القبول قد يكون حكماً حاسماً أي منهياً للخصومة، مثل: الحكم بعدم قبول الدعوى في دعوى العين؛ لأن يد المدعى عليه ليست يد خصومة وأثبت ذلك . فالحكم الصادر بعدم القبول هنا؛ يُعد حكماً حاسماً في إنهاء الخصومة من دون أن يمس أصل الحق الموضوعي (٢).

وبعد صدور هذا الحكم يحق للمدعي الطعن فيه ببيِّنة، وهو ما عبرعنه بعض الفقهاء بجواز دفع الدفع بعد الحكم (٣) .

والطعن في الحكم بعدم القبول إذا كان حكماً حاسماً أي منهياً للخصومة يكون على وجه استقلال دون أن يُضم للموضوع ؛ لأن الحكم لم يمس الحق الموضوعي فيكون الطعن فيه مباشرة من حق المدعي الذي يكون في هذه الحالة مدعى عليه . وهذا الحكم المنهي للخصومة رغم أنه لا يمس الحق الموضوعي وصادر قبل الفصل فيه إلا أن بعض الفقهاء جعله يحوز حجية الشيء المقضي فيه . فلو أعاد المدعي رفع دعواه مرة أخرى عند قاضٍ آخر لا يحتاج المدعى عليه لإعادة الدفع ؛ بل يثبت حكم

---

(١) الحمادي ، أحمد حسن : نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية ، ص ٢٥٦.
(٢) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٦٤.
(٣) الدسوقي ، محمد عرفة : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ١٤٨.
ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٥٩.

القاضي[٤]؛ لأنه يُعد حكماً حاسماً وفاصلاً في الخصومة ؛ ولكن يحق للمدعي رفع دعواه مرة أخرى ضد من توجهت إليه الخصومة من جديد . فالحجية هنا تكون للحكم القضائي المنهي للخصومة دون المساس بالحق الموضوعي .

أمَّا إذا كان الحكم في الدفع بعدم القبول ليس حاسماً، بمعنى أنه غير منهي للخصومة، مثل:أن تُقام الدعوى من فاقد الأهلية أو العكس. ففي هذه الحالة يصح إعادة رفع الدعوى بعد استكمال ما هو مطلوب بما يُمكن معه تصحيحها .

وأرى أن هذا الحكم الغير منهي للخصومة لا يجوز الطعن فيه ؛ لأن نقص الشرط هنا يُمكن تصحيحه من غير الحاجة إلى الطعن في الحكم ، إلا إذا كان أحد الخصوم يطعن بما يكون في حقيقته توضيحاً؛ لإزالة ما لدى القاضي من لبس ، فلا بأس به حتى لو كان على وجه الاستقلال ، طالما أنه يصب في نهاية المطاف ؛ لأن تكون الدعوى صحيحة بما يتوجب نظرها من قبل القاضي .

وإذا كان الحكم الصادر من القاضي برفض الدفع بعدم القبول، أي بعدم قبوله؛ فيعود تقدير قبول الطعن مباشرة أو ضمه إلى الموضوع إلى القاضي وحده ، وحسب المصلحة التي تقتضي البت فيه على استقلال أو ضمه للموضوع . فهذا مستفاد من إجازة بعض الفقهاء للخصوم الدفع ودفع الدفع وما زاد عليه قبل الحكم وبعده [١].

والطعن في الحكم بعدم القبول يكون أمام ذات القاضي الذي أصدر هذا الحكم ؛ لأن الفقه الإسلامي وإن كان قد عرف الاستئناف[٢] ــ ليس بنفس المصطلح وإنما بنفس المعنى والمفهوم إلا أنه لم يضع محاكم متعددة الدرجات [٣].

---

(٤) ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم : البحر الرائق ، جـ ٧، ص ٢٢٩.
ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٦٤.

(١) ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار ، جـ ١١ ، ص ٦٥٩.

(٢) هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ص ٢١٢.

(٣) دويدار ، طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ٧.
ابن أبي الدم ، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم عبد الله : أدب القضاء ، تحقيق مصطفى الزحيلي،(دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م)، ص ١٢٥.

ولو أراد والي المسلمين تنظيم المحاكم وفق الدرجات، فليس هناك حرج ؛ لأن الولاية القضائية ليس لها حد في الشرع ، وإنما تُستفاد من العرف ومن ألفاظ التولية الصادرة من ولي الأمر[٤].

المطلب الثاني

مدى الطعن في الدفع بعدم القبول في النظام

بيّن نظام المرافعات الشرعية السعودي كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول، سواء أكانت إثارته تمت من قبل الخصوم أو من قبل المحكمة ، وذلك في مادته (٧٣) ، من أن الأصل أن تفصل المحكمة فيه استقلالاً، أي قبل الفصل في موضوع النزاع ؛ لأن هذا الفصل المبكر قد يُغنيها عن الخوض في الموضوع ، مما يُوفر الوقت والجهد والنفقات بتحقيق ما يُعرف بمبدأ الاقتصاد الإجرائي . فلو قضت المحكمة بقبول الدفع بعدم القبول، فلن تخوض بعد ذلك في نظر الموضوع ، حيث تنقضي الخصومة عندئذ بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع [١]، إلا إذا كان المقتضى الناقص الذي أدى إلى ميلاد الدفع بعدم القبول والحكم فيه، مما يُمكن تصحيحه، مثل:الدفع بعدم القبول الناتج عن انعدام الأهلية. ففي هذه الحالة يحق للمدعي رفع دعواه مرة أخرى إلى ذات المحكمة بعد استكمال المقتضى الناقص من أجل أن تفصل في النزاع .

ورغم أن المنظم بيَّن أن الأصل أن تفصل المحكمة في الدفع بعدم القبول على وجه الاستقلال دون أن تضمه إلى موضوع النزاع ، إلا أن المنظم منح المحكمة سلطة تقديرية في ضم الفصل في الدفع بعدم القبول إلى موضوع الدعوى على أن تُبين ما حكمت به في كل من الدفع والموضوع ، على أن ضم الدفع إلى الموضوع لا يمنع من قبول الدفع أو رده ، وعلى المحكمة بيان أسباب ذلك في الحكم[٢] .

---

(٤) ابن تيميه ، أحمد عبد الحليم : الحسبة في الإسلام ، (دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، د.ط ، د. ت) ، ص ٧، ٨ . ونقله ابن القيم الجوزية في كتابه الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ص ٣١٧.
أحمد ، فؤاد عبد المنعم : ابن خلدون ورسالته للقضاة مُزيل الملام عن حُكّام الأنام ، (دار الوطن ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ)، ص ٨٤.

(١) دويدار ، طلعت محمد وآخر : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ٣٦٥.

(٢) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ١ ،

وضم الفصل في الدفع بعدم القبول إلى موضوع النزاع لا يُتصور إلا في الأحوال التي يُحكم فيها برد الدفع أي بعدم قبوله ؛ لأن قبول الدفع بعدم القبول يهدف إلى تجنيب المحكمة الخوض في الموضوع ، وتنقضي الخصومة عندئذ بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع [٣].

والطعن في الحكم بعدم القبول له نظام خاص به ؛ فالحال لا يخلو من أمرين:

إمَّا أن يكون الحكم بعدم القبول حُكماً حاسماً منهياً للخصومة ، مثل: الحكم بعدم القبول لفوات ميعاد الاعتراض على الحكم بطلب التمييز أو لسبق الفصل في الدعوى ، وبالتالي يجوز للمدعى عليه الطعن في الحكم بعدم القبول على وجه الاستقلال، أي من غير ضم الطعن فيه إلى الحكم الصادر في الموضوع .

وإذا كان الحكم بعدم القبول غير منهي للخصومة، مثل :الحكم برفض الدفع بعدم القبول أي بعدم قبوله، وكذا رفض الإدخال والتدخل؛ فإنه لا يحق للخصم الاعتراض على هذا الحكم إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في الموضوع [١] ، وذلك عملاً بالمادة (١٧٥) التي تنص على أنه: " لا يجوز الاعتراض على الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلّها أو بعضها إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في الموضوع ، ويجوز الاعتراض على الحكم الصادر بوقف الدعوى وعلى الأحكام الوقتية والمستعجلة قبل الحكم في الموضوع".

هذه المادة تُشير إلى أن الأصل في الأحكام الفرعية التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ؛ أنها لا تقبل الطعن المباشر إذا كانت مما لا تنتهي بها الخصومة كلّها أو بعضها . فما يصدره القاضي من أحكام أثناء السير في الدعوى قبل الحكم الذي تنتهي به الخصومة كلّها أو بعضها لا يُعترض عليه إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في موضوع الخصومة منهياً لها، مثل : الحكم برفض الدفع بعدم قبول الدعوى أي بعدم قبوله . واستثنى المنظم من الأحكام التي لا تنتهي بها الخصومة ومع ذلك

ص ٣٦٤.

(٣) دويدار ، طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ١٨٤وما بعدها .

(١) أحمد ، فؤاد عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص١٣٤ وما بعدها .

يجوز الاعتراض عليها استقلالاً قبل الحكم في الموضوع ، وهي: الحكم الصادر بوقف الدعوى ، وبعدم الاختصاص أو بالإحالة ، والأحكام الوقتية والمستعجلة[٢] .

والطعن في الحكم بقبول الدفع بعدم القبول لا يطرح على محكمة الطعن إلا المسألة المتعلقة بالدفع فقط حسبما تكون المصلحة أو الصفة أو الأهلية من دون أن تتعرض محكمة الطعن لنظر الموضوع الأصلي للدعوى ؛ لأنه لم يُفصل فيه بعد من قبل محكمة الموضوع (محكمة أول درجة) ، فيجب عليها أن تُحيل الدعوى لمحكمة الموضوع التي أصدرت الحكم الفرعي في الدفع حتى لا تفوت على الخصم درجة من درجات التقاضي[١] ؛ ولأن نظام القضاء السعودي الجديد أخذ بمبدأ تعدد درجات التقاضي(محاكم الدرجة الأولى ـ محكمة الاستئناف ـ المحكمة العليا)[٢].

والأثر المترتب على قبول الدفع يتوقف على الأسباب التي بُني عليها الدفع بالإضافة إلى نوع الدفع ذاته ، ففي بعض الأحيان يترتب عليه محو إجراءات الخصومة ، ويكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي في المسألة المفصول فيها . وفي حالات أخرى مثل: أن يكون الدفع مبنياً على أساس انتفاء الصفة أو انعدام الأهلية، فإنه يصح أن يجدد المدعي دعواه إذا تحققت صفته أو توفرت أهليته . وإذا كان مبناه على فوات الميعاد بالنسبة للاعتراض بطلب التمييز، فإنه يترتب على نجاح الخصم ضياع الحق نهائياً ، وكذلك الحال بالنسبة للدفع بسقوط الحق في رفع دعوى الحيازة بالنسبة لمن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق[٣].

---

(٢) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ٢، ص ١٩٨: ٢٠١.

(١) دويدار ، طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ص ١٨٧.

(٢) صدر نظام القضاء الجديد بالمرسوم الملكي رقم م / ٧٨ وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ .

(٣) أحمد ، عبد المنعم وآخر : أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، ص ١٣٥.

المطلب الثالث

مدى الطعن في الدفع بعدم القبول في القانون

التمسك بالدفع بعدم القبول من جانب الخصوم، أو بقيام المحكمة بإثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها وطرح عناصره المكونة يُلزم المحكمة الحكم في هذا الدفع . هذا الحكم ينحصر إمَّا في قبول الدفع والحكم بعدم قبول الطلب القضائي، وبالتالي امتناع المحكمة عن نظر الدعوى ، وإمَّا بعدم قبول الدفع أي برفضه مما يعني صلاحية الدعوى لنظرها من قبل المحكمة ، وبالتالي يتعين عليها نظر موضوع الادعاء الكامن في الطلب القضائي[1] .

ويرى الفقه أن الحكم الصادر بقبول الدفع أو بعدم قبوله – في نطاق الدفوع بعدم القبول – هو من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، أي من الأحكام الفرعية، وهو بالتالي يخضع للقواعد العامة من حيث نصاب استئنافه. والقاعدة : إن جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى يُراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى (م٢٢٦مرافعات)[2].

واستقر جمهور الفقه على أن الأحكام الفرعية، هي تلك التي تصدر في الدفوع الشكلية أو في الدفع بعدم القبول أو بوجه عام، هي الأحكام التي تصدر في الطلبات المتعلقة بسير الدعوى أو بإثباتها[3] .

وعن كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول، فإن المقنن المصري لم ينص على أن تفصل المحكمة في الدفع بعدم القبول على استقلال، كما نص

---

(١) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٢٣٤.
(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٦٠٠.
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٢٣٤.

بالنسبة للدفوع الإجرائية (مادة ١٠٨مرافعات) [٤]. ورغم ذلك إلا أن الفقه مُجمع على أنه يجب على المحكمة أن تفصل فيه على استقلال[٥] ، كما أن لها أن تفصل فيه وفي موضوع الدعوى دون أن تقرر ضمه للموضوع[٦]. ولها أيضاً أن تأمر بضمه إلى الموضوع [١] .

ويرى بعضهم أن المحكمة لا تأمر عادة بضم الدفع إلى الموضوع ، إلا إذا كان الحكم في الدفع يستوجب البحث في الموضوع [٢] . إلا أن هذا ليس صحيحاً من وجهة نظر أخرى ؛ لأن الدفع بعدم القبول إذا كان يهدف إلى إنكار حق المدعي في طلب الحماية القضائية؛ لتخلف شرط من شروط قبولها، فإن الدفع يستوجب في جميع الأحوال التطرق إلى الموضوع بالبحث السطحي دون إبداء رأي حاسم فيه ، وذلك ضروري لإمكانية الحكم في الدفع بعدم القبول[٣] . بالإضافة إلى أن أهمية الدفع بعدم القبول تكمن في أن الفصل فيه قد يغني المحكمة عن الفصل في الموضوع ، وبمعنى آخر يهدف الدفع بعدم القبول إلى تجنيب المحكمة الفصل في الموضوع ، وهذا لن يتأتى إلا إذا فصلت المحكمة في الدفع بعدم القبول على استقلال [٤] .

وأرى أن مسألة ضم الدفع بعدم القبول إلى الموضوع أمر قد تقتضيه المصلحة، فيكون تقديرها في الأخذ بها من عدمه، هو القاضي أو المحكمة، فهي مسألة تقديرية ليس فيها شرط اقتضاء بحث الموضوع ، وإنما مردها وجود مصلحة تقتضي مثل هذا الضم من عدمه، مثل :أن ترى المحكمة ضم الدفع بعدم القبول إلى الموضوع في الأحوال التي يحكم فيها بعدم قبول الدفع بعدم القبول .

إلا أنه ينبغي على المحكمة أو القاضي عند الأخذ بها تنبيه الخصوم إلى ذلك ؛ لتمكينهم من إبداء ما لديهم من أوجه دفاع ودفوع موضوعية ،

---

(٤) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٤.
(٥) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، جـ ١، ص ٤٩٦.
فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٤.
أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٩٠٠.
مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ٢، ص ١١٠٢.
(٦) نقض ٢٨/ ١٩٥٧/١١سنة ٧ص ٨٣٤ . انظر : مليجي، أحمد : مر جع سابق =
= جـ ٢، ص ١١٠٢.
(١) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٩٠٠.
والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، جـ ١، ص ٤٩٦.
(٢) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٩٠٠.
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٢٣٧.
(٤) المرجع السابق ، ص ٢٣٦ وما بعدها .

ويجب على المحكمة أن تبين حكمها في الدفع والموضوع ، وتسبيب كل منهما [٥].

ويرى أحد الشراح أن الحكم في موضوع الدعوى يُعد من جانب المحكمة قضاء ضمنياً برفض الدفع بعدم القبول، وهذا بعكس ما هو عليه الحال بالنسبة لمسائل الاختصاص ؛ فعلى الرغم من أن الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض لمسألة الاختصاص يُعد من جانب المحكمة قضاء ضمنياً برفض الدفع بعدم الاختصاص ،إلا أن المقنن أوجب على المحكمة أن تصدر حكمها فيه رعاية لمسائل الاختصاص ، فالمادة (١٠٨مرافعات) تُلزم المحكمة بأن تبين ما قضت به في الدفع الشكلي وفي موضوع الدعوى كلاً على حدة [١] . ومتى رأت المحكمة أن هذا الدفع على غير أساس لها أن تغفله طالما أنه لا يحوي ما يؤدي إلى تغيير وجه الرأي في الدعوى [٢] ، وهذا الإغفال هو القضاء الضمني بعدم قبول الدفع أي برفضه .

وبالنظر إلى مدى قابلية الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول للطعن المباشر، فإن المادة (٢١٢مرافعات) تنص على أنه : " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري .
والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة ، وفي الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحال إليها الدعوى أن توقفها حتى يُفصل في الطعن " .

والحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول يؤدي إلى إنهاء الخصومة كلها، سواء أكان الإنهاء أمام محكمة أول درجة أو أمام ثاني درجة، فهو مما يجوز الطعن فيه مباشرة بالاستئناف أو بالنقض ، وذلك بحسب ما إذا قُدم الدفع أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة ثاني درجة، وذلك إعمالاً للمادة سالفة الذكر [٣] .

أمَّا الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول أوعدم قبوله، فمعناه أن ادعاء الخصم المتمسك بهذا الدفع إنكار الحماية القضائية المطلوبة من خصمه غير قائم على أساس ، وبالتالي تطرح المحكمة هذا الدفع جانباً

---

(٥) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٤.
(١) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٩٠٠.
(٢) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، جـ ١، ص ٤٩٦.
(٣) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٢٤١.

وتستمر في نظر النزاع لحسمه بحكم صادر في الموضوع ، مما يعني عدم جواز الطعن فيه مباشرة ؛ لأنه حكم فرعي لا تنتهي به الخصومة ، وبالتالي يجوز الطعن في هذا الحكم الفرعي مع الحكم المنهي للخصومة؛ بشرط أن يكون الحكم المنهي للخصومة مما يجوز الطعن فيه ، ويسري هذا الشرط أيضاً على هذا الحكم الفرعي (٤) .

وثمة خلاف في الفقه وقضاء النقض حول الأثر المترتب على استئناف الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول ، وعمَّا إذا كان يترتب عليه طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية، بحيث تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه . وما إذا كان يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم أن أثر الدعوى يقتصر على إلغاء إجراءات الخصومة التي صدر فيها ، وذلك إلى ثلاثة اتجاهات هي :

الاتجاه الأول :

ذهبت أغلب أحكام النقض إلى أنه إذا قبلت المحكمة الدفع بعدم القبول فإنها تستنفد ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى، ويطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى بما تحتويه من طلبات وأوجه دفاع على المحكمة الاستئنافية، فلا يجوز لها في حالة إلغاء الحكم أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظرها من جديد (١).

وقد استندت محكمة النقض على هذه الرؤية؛ كونها تعتبر أن الدفع بعدم القبول في الواقع ليس إلا دفعاً موضوعياً ، فالحكم فيه هو حكم في الموضوع ، وعبرت عن ذلك أحياناً بقولها : " إن المحكمة تستنفد ولايتها كالحال في شأن الدفوع الموضوعية المتعلقة بأصل الحق " (٢) .

وقد طبقت محكمة النقض نفس المبدأ على الدفع بعدم القبول الإجرائي، وهو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل اتخاذ إجراء معين استلزمه القانون(٣).

وهذا يعني أن محكمة أول درجة تستنفد ولايتها سواء أكان الدفع بعدم القبول متصل بالموضوع أو متصل بالشكل . والملاحظ أن أغلب أحكام محكمة النقض تميل إلى اعتبار الحكم في الدفع بعدم قبول الدعوى بمثابة حكم في دفع موضوعي. فإذا قبلته المحكمة فإنها بقبوله تستنفد سلطتها

---

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٤١ وما بعدها .

(١) مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ٢ ، ص ١١٠٢.

(٢) المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ١١٠٣.

(٣) نقض مدني ١٩٧٤/٥/٢ــ مجموعة النقض سنة ٢٥ص ٢٨٥. انظر : مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات ، جـ ٢ ، ص ١١٠٣.

كاملة في نظر موضوع الدعوى، وبالتالي يكون لهذا الدفع فيما لو طُعن الحكم فيه بالاستئناف من نقل النزاع برمته إلى محكمة الدرجة الثانية التي يتوجب عليها النظر في كل ما يتعلق بموضوع الدعوى لتفصل فيه دون أن تعيده لمحكمة أول درجة فيما لو ألغت الحكم بقبول الدفع ، ولا يكون هذا تصدياً بالمعنى المعروف في نظر بعض الفقه ، وإنما نتيجة طبيعة لما للاستئناف من أثر ناقل في نقل النزاع بكامله إلى محكمة الدرجة الثانية(٤).

كما أن أصحاب هذا الاتجاه بما أنهم يرون أن الدفع بعدم القبول، هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى ذاتها، فإنه يترتب على الحكم بقبوله أن يخسر المدعي دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها (١) .

وقد انتقد بعض الفقه محكمة النقض فيما ذهبت إليه(٢) ؛ لأن الدفع بعدم قبول الدعوى له سمة أساسية تميزه عن الدفع الموضوعي، حيث يرمي إلى تجنيب المحكمة بحث موضوع الدعوى . فلو حكمت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى ، فإنها تقرر بأنها لم تنظر موضوع الدعوى . وإذا ما ألغي حكمها من المحكمة الاستئنافية، فإن هذه الأخيرة إذا نظرت الموضوع فإنها تنظر موضوعاً لم ينظر من قبل من محكمة أول درجة ، وتخالف مبدأ التقاضي على درجتين (٣) .

الاتجاه الثاني :

يميز أصحابه بين الدفع بعدم القبول المتصل بالموضوع والمتصل بالشكل ، فالقاضي بحكمه في الدفع بعدم القبول المرتبط بالموضوع يكون قد استنفد ولايته ، ومن ثم فاستئناف الحكم الصادر فيه ينقل النزاع بكامله إلى محكمة الدرجة الثانية ، ولا يجوز تجديد النزاع بذات عناصره مرة أخرى أمام القضاء .

أمَّا إذا صدر الحكم في الدفع بعدم القبول المتصل بالشكل، فإن استئناف الحكم ينقل فقط مسألة الدفع أمام محكمة الدرجة الثانية. فإذا حكمت بإلغاء الحكم وجب عليها إعادة القضية إلى محكمة أول درجة لعدم

---

(٤) المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ١١٠٣وما بعدها .

(١) فهمي : محمد حامد : تعليق على حكم محكمة الاستئناف المختلطة ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، ص٨٧٠، ٨٧١ . نقلاً عن :
الشرقاوي ،عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، ص٤١٦.

(٢) العشماوي، محمد وآخر:قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن،جـ ٢، ص ٣٠٧.

(٣) والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، جـ ١ ، ص ٤٩٧.

استنفاد ولايتها في هذا الصدد. ويجوز تجديد النزاع بعد استيفاء المقتضى الشكلي المعيب(٤).

الاتجاه الثالث :

وهو الراجح في الفقه، حيث يرى عدم استنفاد المحكمة ولايتها بالحكم بعدم القبول. وينبثق هذا الرأي من فهمه لطبيعة الدفع بعدم القبول المستقلة عن الدفوع الأخرى ، وباعتبار أن الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول لا يمس موضوع الدعوى لا من قرب ولا من بعد(٥) .

وبناء لذلك لا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تنظر في غير الدفع الذي استُؤنف الحكم فيه إليها ؛ لأن الاستئناف لا ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية غير النزاع الذي طُرح أمام محكمة الدرجة الأولى ونظرت فيه حقيقة أو حكماً . وإذا انحصر النزاع في الدفع فلا تنظر محكمة الدرجة الثانية غير ما كان مطروحاً للنظر على محكمة الدرجة الأولى . ومن ناحية أخرى فإن محكمة الدرجة الثانية لا تنظر إلا فيما طُعن به على الحكم المستأنف، والحكم لم يصدر إلا في شأن الدفع ، ولا يتصور أن يشمل المطعون فيه بالاستئناف غير ماقضى به(١) . ولذلك تكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر في موضوع الدعوى من قبيل إبداء طلبات جديدة في الاستئناف في غير ما سمح به القانون استثناء عملاً بنص المادة (٢٣٥) ، ومن قبيل عرض النزاع لأول مرة على المحكمة الاستئنافية. وفي هذا تفويت لدرجة من درجات التقاضي على الخصوم (٢). ولذا ينبغي أن تُعاد القضية لمحكمة أول درجة للفصل فيها إذا ما أُلغي الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى (٣).

هذا الرأي هو ما استقر عليه الفقه الحديث في مصر من أن الحكم في الدفع بعدم القبول، هو حكم قطعي وحاسم تستنفد به المحكمة سلطتها في المسألة المفصول من حيث محله المعيَّن ، ومن حيث سببه ، ولا يستنفد كل سلطة المحكمة في الحكم بعدم القبول(٤).

ويرى أنصار هذا الرأي ــ وهو ما يترجح لدي ــ أنه يجوز تجديد النزاع بعد الحكم بعدم قبول الدعوى كقاعدة عامة ، وقد توجد حالات لا

---

(٤) سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، ص ٦٥٦.
(٥) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٨٩٨.
(١) أبو الوفا ، أحمد : نظرية الدفوع ، ص ٨٩٨.
(٢) المرجع السابق ، ص ٨٩٨ ، ٨٩٩.
(٣) فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني ، ص ٤٢٧.
(٤) حشيش ، أحمد محمد : الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٤١٦، ٤١٨.

يجوز فيها تجديد النزاع بعد صدور الحكم بعدم القبول ، وذلك يرجع إلى أمور أخرى غير استنفاد محكمة أول درجة لولايتها بالنسبة للموضوع ، ولا يمنع من تجديده بعد استيفاء المقتضى الذي كان ينقصه والذي أدى إلى عدم قبوله(٥).

المطلب الرابع

المقارنـــــــــــــــة

أعرض للمقارنة وفقاً للآتي :

١ـ يتفق كلٌ من الفقه والنظام والقانون على أن الحكم بعدم قبول الدعوى، هو من الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى ، وأنه لا يخلو الحال من أمرين هما :

ــ إمَّا أن يكون هذا الحكم حاسماً وفاصلاً في الخصومة، وحينئذ يمكن للخصم الطعن فيه مباشرة على وجه الاستقلال دون ضمه للموضوع .

ـ وإمَّا أن يكون هذا الحكم غير منهي للخصومة، مثل: الحكم بعدم قبول الدفع بعدم القبول أي برفضه ، وهذا لا يجوز الطعن فيه إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في موضوع الدعوى ، وذلك في الأحوال التي يجوز معه الاعتراض عليه.

وأوجه الخلاف :

لم يشر الفقهاء لمثل هذا التقسيم وإنما يمكن استنباط ذلك من أقوالهم؛ بخلاف النظام والقانون حيث تم الإشارة لذلك ضمن نصوصهما .

٢ـ وجود خلاف فقهي قانوني حول الأثر المترتب على استئناف الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول وما إذا كان يترتب عليه طرح النزاع بكامله على محكمة الدرجة الثانية بحيث تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه. وما إذا كان يترتب عليه جواز تجديد الدعوى أم أن أثر الدعوى يقتصر على إلغاء إجراءات الخصومة التي صدر فيها . وهذا الخلاف ناتج عن خلافهم حول طبيعة هذا الدفع .

---

(٥) عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ، ص ٢٤٩ ، ٢٥١.

والرأي الراجح في الفقه القانوني، هو عدم استنفاد المحكمة ولايتها بالحكم بعدم القبول إلا في المسألة المفصول فيها من حيث محله المعيَّن وسببه . وأيضاً يجوز تجديد النزاع بعد الحكم بعدم قبول الدعوى كقاعدة عامة متى ما أمكن استيفاء المقتضى الذي كان ينقصه، أمَّا إذا لم يُمكن ذلك فإنه لا يجوز تجديد النزاع ، ويكتسب فيه الحكم بعدم القبول حجية الشيء المقضي فيه في المسألة لمفصول فيها فقط .

ولم يطرح مثل هذا الخلاف في الفقه الإسلامي ؛ وذلك لسببين :

الأول : لم يكن هناك خلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذا الدفع ؛ لأن الدعوى تمثل حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي .

الثاني : لم يتم تنظيم محاكم درجات للتقاضي في الفقه الإسلامي ؛ وإن كان الفقه عرف الاستئناف، إلا أنه لم يقم تنظيماً مثل ما هو موجود في القانون .

وأرى بعد صدور النظام القضائي الجديد الذي ينص على تعدد المحاكم وفق تعدد الدرجات في المملكة العربية السعودي أن الأخذ بالرأي الراجح في الفقه القانوني، هو الأنسب والصحيح ؛ لأنه يتفق مع مبدأ استقلال الدفع بعدم القبول عن بقية الدفوع ، ولأن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول لا يمس موضوع الدعوى لا من قرب ولا من بعد .

أمَّا من جانب جواز تجديد النزاع بعد الحكم الصادر بعدم القبول من عدمه؛ فهناك اتفاق بين الفقه والنظام والقانون أنه يجوز تجديده كقاعدة عامة متى تم استيفاء المقتضى الناقص . وإذا لم يمكن استيفاؤه فلا يجوز تجديد النزاع ، ويكتسب الحكم بعدم القبول حجية الشيء المقضي فيه من حيث محله المعيَّن وسببه فقط دون موضوعه .

الفصل الرابع

الفصل الرابع

الدراسة التطبيقية

تمهيد

نحمد الله الذي منَّ علينا بتوفيقه ، في إنجاز القسم النظري من هذا البحث . وقد خصصت هذا الفصل للجانب التطبيقي ، وذلك حسب ما خطط له في مقدمة هذا البحث ؛ لتكون الدراسة مكتملة الرؤية في نظر من يهمه هذا الجانب ، بحيث أعرض عشر قضايا نُظرت من قبل بعض محاكم منطقة الرياض ، ومن ثم اتناول هذه القضايا بالدراسة والتحليل وفق ما تم دراسته في الجانب النظري ؛ لإيضاح العلاقة بين الجانب النظري والتطبيقي ، والإجابة على التساؤل المطروح في مقدمة البحث وهو " ما مدى تطبيق القضاء السعودي لأحكام الدفع بعدم قبول الدعوى على ضوء نظام المرافعات الشرعية ؟

وقد واجهت صعوبات كثيرة أثناء مراجعتي للمحاكم من أجل الحصول على المعلومات اللازمة من واقع الصكوك الشرعية أو الاطلاع على دفاتر الضبط الموجودة لدى القضاة .

فمن الصعوبات التي واجهتني: انشغال كثير من القضاة في جلسات قضائية للفصل في الوقائع المقدمة إليهم،وكثرة المراجعين لهم مما صعِّب عليَّ إيجاد الفرصة؛ لمحادثتهم من أجل الاستفادة مما لديهم.

ومن الصعوبات أيضاً: رفض بعض القضاة تزويدي بتلك المعلومات؛ بحجة أن ذلك من الأمور التي تخص مجال عملهم ، وبالتالي لا يحق لهم البوح بها .

وقد اخترت في هذا الفصل عشر قضايا لإجراء منهج تحليل المضمون عليها، وقد راعيت في اختيارها الأمور التالية :

أولاً : تنوع الأحكام الصادرة بالحكم بعدم قبول الدعوى قدر الإمكان ، وذلك بهدف إبراز أنواع من دفوع عدم القبول .

ثانياً: مراعاة الحدود الزمانية للدراسة ، والتي تقتصر على اختيار عشر قضايا من بعض محاكم منطقة الرياض تتعلق بصلب البحث من تاريخ ١/ ٧ / ١٤٢٢ هـ إلى ١٤٢٧/١٢/٣٠هـ .

وقد قمت بعد اختياري للقضايا المناسبة للتطبيق بترتيبها حسب تاريخ الأقدم منها ، ثم وضعت المنهج التالي لتحليلها :

١- أعطي لكل قضية أريد تحليلها رقماً : القضية الأولى ... وهكذا .
٢- أعطي تعريفاً للقضية في مقدمتها يتناول الحيثيات التالية : نوع القضية ورقم قيد الدعوى ، وتاريخه ، والجهة التي نظرت الدعوى .
٣- إيراد مضمون الدعوى والرمز لأطرافها مثلاً المدعي يرمز له بالألف والمدعى عليه يرمز له بحرف الباء .
٤- إيراد مضمون الحكم القضائي وما يتعلق به من تسبيب ونحو ذلك .
٥- إجراء المنهج التطبيقي وهو منهج تحليل مضمون المحتوى وإبراز العلاقة بين الجانب النظري والجانب التطبيقي مع ذكر الفوارق.

القضية الأولى

التعريف بالقضية
نوعها : حقوقية
رقم قيد الدعوى : ٥٦
التاريخ : ١٤٢٣/١٠/١٤هـ
الجهة التي نظرت الدعوى : المحكمة العامة بالرياض

مضمون الدعوى

تقدم لفضيلة القاضي بالمحكمة العامة بالرياض مدعي (أ) وهو وكيل عن مجموعة من الورثة بدعوى يُطالب فيها المدعى عليه (ب) الحاضر معه في مجلس القضاء بإفراغ الأرض التي باعها والد المدعى عليه المتوفى على والد الورثة موكليه المدعين الأصليين ، وهو لا يعرف مكان الأرض ولا حدودها ، ولم يسبق أن وقف عليها ، وليس لديه أي معلومات عنها ، ولا يعلم مساحتها ولا يعلم هل يوجد لها صك أو لا ، هذا نص دعواه.

وقد أجاب المدعى عليه (ب) بأن ما ذكره المدعي (أ) وكيل المدعيين الأصليين من أنه قد حصلت بين مورِّثهم وبين والده المتوفى مبايعة للأرض التي أشاروا لها فلا علم له بذلك ولا يعلم بأن والده يملك أرضاً في مدينة الجبيل ، ولا يوجد لديه صك ملكية بذلك ، ومن ثم فلا يمكنه إفراغ شيء لا يوجد لديه صك ملكية عليه .

الحكم القضائي وتسبيبه

أصدر فضيلة القاضي ناظر الدعوى حكماً برد دعوى المدعي (أ) لعدم تحريرها ، حيث أنه يُشترط لصحة الدعوى أن تكون معلومة المدعى به ، وأفهم أن بإمكانه أو إمكان المدعيين الأصليين المطالبة مرة أُخرى متى ما تمكنوا من معرفة الأرض المطالب بإفراغها من حيث حدودها ومساحتها وموقعها ورقم صك الملكية ومصدره .

تحليل محتوى الحكم القضائي

الدعوى في الفقه الإسلامي ، وحتى في نظام المرافعات الشرعية السعودي لها شروط حتى تكون مقبولة وصالحة لنظرها ، فإن تخلف شرط منها فإن القاضي يتصدى من تلقاء نفسه بإثارة عدم القبول ، بمعنى أن القضية غير صالحة لنظرها من قبل المحكمة لفقدها شرط من شروط قبولها ، وهذا التصدي من قبل القاضي هو دفع للدعوى بحد ذاته ويكون في صورة حكم فرعي يصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ، فهو لا يمس موضوع الدعوى ، ولذا لا يمنع من رفع الدعوى مرة أُخرى للقضاء للمطالبة بالحق الموضوعي كما في هذه الحالة. ولذا يلاحظ أن القاضي أفهم المدعي بأن من حقه أو حق موكليه رفع الدعوى مرة أخرى للقضاء للمطالبة بموضوع الدعوى متى تم تصحيح الدعوى بتحريرها على وجه تكون معلومة المدعى به .

وشرط أن تكون الدعوى معلومة المدعى به هو شرط اشترطه الفقهاء لسماع الدعوى وقبولها . هذا الشرط يُمكن التعبير عنه بتخلف شرط المصلحة كما في المادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية السعودي التي تنص على عدم قبول أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ومشروعة. وأي مصلحة يمكن القول بوجودها مع دعوى بشيء مجهول، بحيث لا يُتصور أن تعود مثل هذه الدعوى بفائدة على صاحبها.

وشرط المصلحة من النظام العام الإجرائي حسب نص المادة (٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، وهذا ما يُفسر تصدي القاضي لإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه .

وتطبيقاً لنظام المرافعات الشرعية يتوجب أن ينص الحكم على عدم قبول الدعوى ؛ لتخلف شرط المصلحة كون الدعوى مجهولة المدعى به ، إلا أن القاضي قد أشار في حكمه إلى صيغة رد دعوى المدعي ، على اعتبار أن عدم القبول هو في حقيقته رد للدعوى ، إلا أن ذلك مخالف لما

نص عليه نظام المرافعات من أن القبول أو عدم القبول يتعلق بشروط الدعوى . وقد لاحظت من خلال اطلاعي على دفاتر الضبط عدم التفرقة بين استخدام لفظ رد الدعوى في حالة عدم القبول أو في حالة الدفع الموضوعي المثار من قبل المدعى عليه، ولا يخفى أن هناك فرق بين تلك الدفوع من خلال طبيعتها وأحكامها مما يستلزم من المختصين استخدام نفس الصيغ المشار لها في مواد نظام المرافعات الشرعية حتى يكون التطبيق بصورة مثالية ، وبعيداً عن خلط الأمور ببعضها . وليس هناك مساحة للاجتهاد في استخدام ألفاظ اختيارية بعد صدور نظام المرافعات الذي يتطلب الالتزام به حسب التعليمات ، إضافة إلى أن ذكر تسبيب الحكم وهو تخلف شرط المصلحة أمر ضروري للدلالة على تطبيق النظام في استخدام الصيغ الواردة فيه حسب الوقائع المعروضة على القضاة .

القضية الثانية

التعريف بالقضية

نوعها : حقوقية

رقم قيد الدعوى : ٨٢

التاريخ : ١٤٢٣/١٢/٢٤هـ

الجهة التي نظرت الدعوى : المحكمة العامة بالرياض

مضمون الدعوى

تقدم لدى فضيلة قاضي المحكمة العامة بالرياض المدعي (أ) بدعوى دين حيث يُطالب المدعى عليه (ب) وهو وكيل عن المدعى عليه أصالة بمبلغ مالي ، وقد انتهت القضية بصدور حكم من قبل القاضي بإلزام المدعى عليه بدفع ما في ذمته للمدعي (أ) ، وقرر المدعي والمدعى عليه وكالة القناعة واصبح الحكم نهائياً مكتسب القطعية .

وقد تقدم المدعي أصالة بطلب التماس إلى رئيس محكمة التمييز بالرياض يطلب فيه إعادة النظر في الحكم القضائي الصادر ضده .

وقد أحال رئيس محكمة التمييز طلب الالتماس المقدم من الملتمس وهو المدعي أصالة إلى قضاة الدائرة الأولى لتمييز القضايا الحقوقية بمحكمة التمييز للنظر فيه وإصدار قرار إما بقبوله إذا كانت لديه مبررات وفق المادة (١٩٢) من نظام المرافعات الشرعية أو بعدم قبوله أي رفضه إذا لم يتضمن لأي من المبررات والأسباب المحددة بتلك المادة .

القرار القضائي وتسبيبه

صدر قرار من قضاة الدائرة الأولى لتمييز القضايا الحقوقية بمحكمة التمييز ، وجاء فيه " أنه بناء على المادتين (١٩٢، ١٩٤) من نظام المرافعات ، فقد تم الاطلاع على الالتماس المذكور وعلى كافة الأوراق المرفقة بالقضية ، كما جرى الاطلاع على صورة الصك المرفقة بالالتماس فوجد أن ما ذكره الملتمس يعارض إجابات وكليه ، وليس فيه ما يفيد من قبوله وإعادة النظر، ولذا تقرر الدائرة رفض الالتماس ، وقد تم مخاطبة القاضي ناظر الدعوى بخطاب رئيس محكمة التمييز رقم ١/٤٢٧٦ وتاريخ ١٤٢٦/٨/٧هـ وتزويده بصورة من قرار تلك الدائرة .

تحليل المحتوى

التماس إعادة النظر: " طريق من طرق الاعتراض على الأحكام النهائية يصير إليه المعترض متى أصبح الحكم نهائياً لا يمكن الاعتراض عليه عن طريق التمييز " [١] .

والملتمس قدم التماسه إلى محكمة التمييز عملاً بالمادة (١٩٤) من نظام المرافعات الشرعية التي تقضي بتقديم صحيفة الالتماس لمحكمة التمييز ، ومحكمة التمييز هي التي تنظر في الطلب وتتحقق من انطباق الشروط عليه والأحوال المقتضية له وفق المادة (١٩٢) من نفس نظام المرافعات وتقديمه في ميعاده وفق المادة (١٩٣) ، وتقرر قبوله أو رفضه شكلاً .

وليس للمحكمة العامة أو الجزئية تلقي صحيفة الالتماس ورفعها إلى محكمة التمييز، بل إن الملتمس هو الذي يتقدم بصحيفة التماسه إلى محكمة التمييز تطبيقاً للنظام كما فعل الملتمس في هذه القضية [٢] .

وقضاة الدائرة حينما قرروا برفض الالتماس أي بعدم قبوله يعني أنهم تحققوا من انطباق الحالات المنصوص عليها في المادة (١٩٢) وبالتالي لم تكن صحيفة الالتماس تحوي أي من تلك الحالات ، كما وجدوا اختلاف بين ما أفاد به الملتمس في صحيفة دعواه وبين ما أفاده بنفسه ووكيله في حيثيات القضية فما كان منهم إلا رفضه بالإجماع .

---

(١) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ٢، ص ٢٦٣.

(٢) المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٢٨٠.

ورفض الالتماس أي عدم قبوله ، وهذا أحد أنواع عدم القبول ، ولم يظهر لي أي تعليق على هذا المحتوى ؛لأنه تم وفق نظام المرافعات الشرعية السعودي ، وحسب ما نصت عليه مواده .

القضية الثالثة

التعريف بالقضية
نوعها : حقوقية
رقم قيد الدعوى : ١٠٢
التاريخ : ١٤٢٤/٣/٢هـ
الجهة التي نظرت الدعوى : محكمة التمييز بالرياض

مضمون الدعوى والحكم وقرار التمييز
ورد فضيلة القاضي بالمحكمة العامة خطاب فضيلة رئيس محكمة التمييز بالرياض وبرفقه القرار رقم ٤/ ق ٢/ أرس في ١٨/ ١/ ١٤٢٥هـ وقد جاء فيه ما نصه : " بناءً على الالتماس المقدم لفضيلة رئيس محكمة التمييز بالرياض من الملتمس (أ) المحال إلينا بشرح فضيلته المتعلق بطلب الملتمس إعادة النظر بما حُكم به عليه من مال الصادر به الصك رقم ١٣/٢٩٥ في ١٤٢٤/١١/٦هـ المكتسب للقطعية بقناعة الطرفين ، وبناء على المادتين (١٩٢، ١٩٤) من نظام المرافعات ولوائحها التنفيذية لم يظهر ما يوجب قبول الالتماس بما تم الحكم به ".

تحليل المحتوى
هذه القضية حقوقية تتعلق بدين مالي ، وقد حُكم فيها بحكم نهائي مكتسب القطعية بقناعة الطرفين ، وقد قدم فيها المحكوم عليه طلب التماس

إلى محكمة التمييز حسب النظام طالباً إعادة النظر فيما حُكم به عليه من مال إلا أن الملتمس لم يوضح في أسباب طلبه أي من الحالات المنصوص عليها في المادة (١٩٢) مما دعا قضاة الدائرة لأن يصدروا قراراً بعدم قبول الالتماس بما تم الحكم به .

وقضاة محكمة التمييز طبقوا ما نص عليه النظام مستندين على مواده بحسب ما هو مطلوب منهم .

القضية الرابعة

التعريف بالقضية

نوعها : حقوقية

رقم قيد الدعوى : ٦٦

التاريخ : ١٤٢٤/١١/٧هـ

الجهة التي نظرت الدعوى : المحكمة العامة بالرياض

مضمون الدعوى

حضر لدى فضيلة القاضي المدعي (أ) وكيلاً عن موكلته مدعياً على الحاضر معه بمجلس القضاء المدعى عليه (ب) وأفاد بأن موكلته ساهمت مع زوجة المدعى عليه (ب) بمبلغ مائتي ألف ريال للمشاركة في رأس مال مدارس خاصة ، وذلك في ١٤٢٠/١٢/٣٠هـ وطلب إلزام المدعى عليه من إعادة المبلغ والتحقق من أرباح تلك المدارس حيث لم يُسلّم لموكلته شيء من الأرباح طيلة ثلاث سنوات حتى وقت تقديم الدعوى .

وباستجواب المدعى عليه أفاد بأن ما ذكره المدعي صحيح من أن موكلته كانت قد سلمت لزوجته مبلغ مائتي ألف ريال للمشاركة في رأس مال تلك المدارس وقامت زوجته بإدخال ذلك المبلغ في حساب تلك المدارس بموجب إشعار محرر بنفس التاريخ أعلاه ولا تعلم زوجته هل تحقق لها أرباح أم لا وإذا كان للمدعي أو موكلته أي دعوى في المطالبة برأس المال وأرباحها فعليها إقامتها على تلك المدارس وليس عليه أو على زوجته بصفة شخصية .

الحكم القضائي وتسبيبه

صدر الحكم القضائي بصرف النظر عن دعوى المدعي حيال المدعى عليه أو موكلته ، وإفهام المدعي بأن دعوى موكلته تتوجه على صاحبة المدارس المسجلة باسمها المدارس وإقامتها عليها لدى الجهة المختصة فقرر المدعي عدم القناعة وأفهم بالمراجعة ليوم الأربعاء ١٤٢٥/٣/٢٣هـ لاستلام نسخة الحكم ، ومن حقه الاعتراض بطلب التمييز في مدة أقصاها ثلاثون يوماً ابتداء من التاريخ المذكور ، فإن لم يُقدم اعتراضه خلال هذه المهلة فإن حقه في التمييز يعتبر ساقطاً ويكون الحكم مكتسب القطعية ففهم بذلك وبه حرر في ١٤٢٥/٣/١٦هـ .

تحليل محتوى الحكم القضائي

يلاحظ من هذه الدعوى أن المدعى عليه هو ليس ذا صفة في الدعوى، ولذا دفع الخصومة عن نفسه وعن زوجته التي تعمل مديرة لتلك المدارس فهو ليس خصماً في هذه الدعوى ، وهذا الدفع نوع من أنواع الدفع بعدم القبول لأن الدعوى فقدت شرطاً مهماً وهو شرط الصفة في المدعى عليه بأن يكون ذا شأن وصفة في الدعوى ، ومن حق المدعى عليه إثارة هذا الدفع ؛ لأنه يعلم نفسه أكثر من غيره هل هو خصم في الدعوى أم لا .

وشرط الصفة من النظام العام الإجرائي حسب المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية فيتوجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه متى ما عَلِم به ، كما يجوز للخصم إثارته كما فعل الخصم في هذه الدعوى ، ولكونه من النظام العام فلا يجوز لأي من الخصوم التنازل عنه أو الاتفاق على خلافه .

والمدعى عليه طالما أنه أثار هذا الدفع من تلقاء نفسه ، فإن القاضي في مثل هذه الحالة يصدر حُكماً بعدم قبول الدعوى لتخلف شرط الصفة في المدعى عليه عملاً بالمادة (٧٢) من النظام .

هذا الحكم هو حكم فرعي يصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ، ولذا فهو لا يمس الحق الموضوعي لا من قريب ولا من بعيد ، وبالتالي من حق المدعي إقامة دعواه مرة أخرى ولكن ضد من توجهت إليه الخصومة وهذا ما أفهمه القاضي للمدعي من أن هذا الحكم لا يمنع من رفع الدعوى مرة أخرى للقضاء للمطالبة بحق موكلته متى ما رفعت إلى الخصم الذي توجهت إليه .

وللمدعي الحق في الطعن في هذا الحكم الفرعي وهو الحكم بعدم القبول لانتفاء الصفة في المدعى عليه ، ولذا نبه القاضي المدعي بعد أن قرر عدم قناعته بالحكم أن من حقه الاعتراض على الحكم بعدم القبول بطلب التمييز مدة أقصاها ثلاثون يوماً تبدأ من استلام المذكور لنسخة الحكم ، فإن لم يُقدم اعتراضه خلال هذه المهلة فإن حقه يكون ساقطاً ويكتسب الحكم صفة القطعية عملاً بالمادة (١٧٨) من النظام .

هذا الطعن أو الاعتراض يكون استقلالاً عن الموضوع ؛لأنه من الأحكام المنهية للخصومة ، فيكون الاعتراض عليه عند الفصل فيه .

فلو رفع المدعي اعتراضه بعد انتهاء المهلة فإن حقه يعتبر ساقطاً ويدفع القاضي دعواه بالتمسك بعدم القبول، فيحكم بعدم القبول لسقوط الحق الإجرائي لعدم اتخاذه في ميعاده ، وإثارة هذا الدفع من القاضي من تلقاء نفسه كونه يتعلق بالنظام العام الإجرائي عملاً بالمادة السابقة المشار إليها .

ومما يلاحظ أن القاضي لم يستخدم صيغة الحكم بعدم القبول وإنما استبدل عنها بصيغة صرف النظر ، وهذا بلاشك مخالف لنظام المرافعات الشرعية ، كما أنه لم يشر إلى انتفاء صفة المدعى عليه في تسبيب الحكم صراحة وإنما يستفاد من إشارته إليها ضمناً .

وقد وجدت كثيراً ما تستخدم صيغة صرف النظر ، سواء في مثل هذه الحالة أو استخدامها بديلاً عن الحكم بعدم الاختصاص مثل : صرف النظر عن الدعوى لعدم الاختصاص ، كما تستخدم في حالة عدم وجود بيِّنة لدى المدعي وبعد أداء اليمين من قبل المدعى عليه ، مما يعطي فكرة أن صرف النظر صيغة عامة قد تستخدم في عدة أحكام وإن اختلفت تسبيبها .

القضية الخامسة

التعريف بالقضية
نوعها : حقوقية
رقم قيد الدعوى : ٦٨
التاريخ : ١٤٢٥/١/١٦هـ
الجهة التي نظرت الدعوى : المحكمة العامة بالرياض

مضمون الدعوى

تقدم لدى فضيلة القاضي المدعي (أ) وهو وكيلاً عن موكله بدعوى على الحاضر معه في مجلس الحكم المدعى عليه (ب) بدعوى يذكر فيها أن موكل المدعى عليه سبق أن حرر ثلاث شيكات لموكله مجيرة باسمه ومجموع مبالغها خمسة وثمانون مليون ريال ، ولا يعلم أرقامها ولا أي معلومات عنها وليست معه أي صور منها ويطلب إلزام المدعى عليه بتسليم قيمة الشيكات الثلاثة .

وقد أجاب المدعى عليه بالنفي وإذا كان للمدعي أو لموكله ثلاث شيكات فعليه تقديمها .

الحكم القضائي وتسبيبه

أصدر فضيلة ناضر الدعوى حكماً بصرف النظر عن دعوى المدعي لعدم تحريرها بناءاً للمادة (٦٣) من نظام المرافعات وأفهم المدعي أن لموكله إقامة الدعوى للمطالبة بقيمة الشيكات متى ما تم تحريرها .

تحليل محتوى الحكم القضائي

الأصل أن الدعوى لا تكون مسموعة إلا محررة معلومة المدعى به مصرَّحاً بالطلب فيها فيبين الخصم ما يلزم لتحريرها ، فإن سكت الخصم فلم يحرر دعواه أو لم يذكر بعض الأوصاف اللازمة لتحريرها فقد أعطى المنظم للقاضي سلطة سؤال المدعي عمَّا هو لازم لتحرير دعواه حتى تصبح الدعوى محرَّرة تحريراً يُعلم معه المدعى به ، ولا يصح للقاضي السير فيها واستجواب المدعى عليه عنها قبل تحريرها ، كما أنه ليس للقاضي ردَّها لعدم تحريرها قبل سؤال المدعي عملاً بالمادة (٦٣) من نظام المرافعات ، ولذا استند القاضي على هذه المادة في سؤال المدعي عما هو لازم لتحريرها إلا أن المدعي لم يأتِ بما يطلبه القاضي فما كان منه إلا أن حكم بصرف النظر عن دعواه .

والحقيقة أن عدم تحرير الدعوى باعتباره شرطاً من شروط قبول الدعوى ويُعبر عنه بشرط المصلحة فإن تخلف هذا الشرط كما في هذه الدعوى فإنه يعد في نفس الوقت أن شرط المصلحة متخلف فيها مما يكون مولداً للحكم بعدم القبول ، ولا يحكم القاضي بهذا الحكم إلا بعد استنفاد سلطته التي منحها لها المنظم في المادة سالفة الذكر .

هذا الحكم يُعد حكماً فرعياً يصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ، ومن ثم يحق للمدعي في هذه الحالة رفع دعواه مرة أخرى إلى نفس القاضي بعد تحريرها ولو بعد تصديق الحكم من محكمة التمييز من وجهة نظر بعض الشراح [١]؛ ولكن ما أراه أنه بعد التصديق عليه من محكمة التمييز لا يحق للمدعي رفع دعواه مرة أُخرى لنفس القاضي ، وإنما من حقه الاعتراض بطلب إعادة النظر عن طريق تقديمه التماس لمحكمة التمييز عملاً بمواد النظام (١٩٢، ١٩٣، ١٩٤) ، ومن ثم يُمكن النظر في هذه الدعوى من قبل نفس القاضي بعد إشعاره من محكمة التمييز بقبول الالتماس .

---

(١) آل خنين ، عبد الله محمد : الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، جـ ١، ص ٣٢١.

ويلاحظ أن القاضي استخدم صيغة صرف النظر بدلاً عن الحكم بعدم القبول مما يُعد مخالفة لنظام المرافعات الشرعية .

القضية السادسة

التعريف بالقضية

نوعها : حقوقية

رقم قيد الدعوى : ١٥١

التاريخ : ١٤٢٥/٣/١٤هـ

الجهة التي نظرت الدعوى : المحكمة العامة بالرياض

مضمون الدعوى

تقدم لفضيلة القاضي المدعي (أ) بدعوى ضد الحاضر معه في مجلس الحكم المدعى عليه (ب) مضمونها أن موكله اشترى شيول (حفار) من المدعى عليه بمبلغ وقدره مائة وثلاثة آلاف ريال ، ولم يُسلّمه البطاقة الجمركية الخاصة بالشيول ، ويطلب فسخ العقد وإعادة المبلغ لموكله أو تسليمه البطاقة الجمركية .

وقد أجاب المدعى عليه (ب) بأن المُعَدَّة سبق أن اشتراها من شركة الراجحي للتنمية بدون بطاقة جمركية وأفهم من قبل الشركة أنه ليست لديهم بطاقة جمركية حيث أن الشركة قامت بشرائها من إحدى المعارض

بدونها ، كما أن البيع قد تم مع موكل المدعي المذكور من دون أن يشترط في العقد إحضار البطاقة الجمركية للمعدة .
وبسؤال المدعي من قبل القاضي عمَّا إذا منعه أحد من استخدام الشيول بدون بطاقته الجمركية فأجاب بأنه لم يمنعه أحد من ذلك ، وبسؤال المدعي أيضاً من قبل القاضي عمَّا إذا كان موكله قد اشترط في العقد إحضار البطاقة الجمركية الخاصة بالمعدة عند البيع فأجاب بالنفي .

الحكم القضائي وتسبيبه

أصدر فضيلة ناظر الدعوى حكماً برد دعوى المدعي بعدم استحقاقه لما يدعيه حيال المدعى عليه ، فقرر المدعي عدم القناعة ، فأُفهم بالمراجعة يوم الثلاثاء الموافق ١٤٢٥/٨/٢١هـ لاستلام نسخة الحكم ، وأن من حقه الاعتراض بطلب التمييز في مدة أقصاها ثلاثون يوماً تبدأ من التاريخ المذكور ، فإن لم يُقدم اعتراضه خلال هذه المدة ، فإن حقه في طلب التمييز يُعتبر ساقطاً ، ويكون الحكم نهائي مكتسب للقطعية ، وبه حُرر في ١٤٢٥/٨/١٤هـ .

تحليل محتوى الحكم القضائي

يتضح من هذه الدعوى تخلف شرط المصلحة ، حيث لا يوجد بين أطراف الدعوى شرط بتسليم البطاقة الجمركية ، كما أن المشتري لم يمنعه أحد من قيادة المعدة ، مما يدل على طلبه شيء لا حق له فيه .
وشرط المصلحة كما هو معلوم من النظام العام الإجرائي بنص المادة (٧٢) من نظام المرافعات ، وبالتالي يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه كما فعل ناظر القضية ، ويكون حكمه بعدم القبول لتخلف شرط المصلحة حتى يكون مطابقاً لما ورد في النظام ، ولكن القاضي استبدل ذلك بصيغة رد الدعوى مما يُعد مخالفة لنظام المرافعات الشرعية كون رد الدعوى يستخدمه بعض القضاة مثل صرف النظر في أي حكم ترفض فيه الدعوى بغض النظر عن تسبيب الحكم سواء أكان دفعاً موضوعياً أو شكلياً مثل عدم الاختصاص وكذا عدم القبول كما في هذه الحالة مما قد يؤدي إلى الخلط فيما بينها ، كما أنه مخالفة لما نص عليه النظام من استخدام صيغ معينة لاسبيل إلى الاجتهاد على خلافها .

القضية السابعة

التعريف بالقضية
نوعها : حقوقية
رقم قيد الدعوى : ٤٤
التاريخ : ١٤٢٦/٣/٢٨هـ
الجهة التي نظرت الدعوى : المحكمة العامة بالرياض

مضمون الدعوى

تقدم لدى فضيلة القاضي المدعي (أ) بدعوى ضد الحاضر معه المدعى عليه (ب) مضمونها أنه يملك قطعة أرض في حي الهزاعية بطريق خريص الرياض بموجب صك ، وحيث إن المدعى عليه(ب) هو أخوه الشقيق الأكبر منه سناً ، وقام المدعي(أ) بإفراغ قطعة الأرض لأخيه المدعى عليه (ب) ليتمكن من أخذ قرض من الصندوق العقاري باسمه ويتمكن من بناء سكن عليها ، كون المدعي(أ)لا قدرة له على إقامة مسكن عليها ، وقد اقترض أخوه المدعى عليه فعلاً من الصندوق العقاري ، وأقام عليها فِلّة من دورين عام ١٤٠٢هـ وسكن فيها ، ويذكر المدعي أنه حينما

أفرغ قطعة الأرض لأخيه المدعى عليه (ب) لم يسلمه ثمنها ، ولم يتفق معه على شيء وإنما أفرغها إحساناً إليه لكونه محتاجاً ، وقد طالبه بإعادة إفراغ الأرض له لكنه رفض ، ويطلب إلزامه بإفراغ الأرض له وما أُقيم عليها من البناء باسمه وتسليمه أجرة المثل عن المدة الماضية علماً بأنه لم يساهم مع أخيه في تكاليف البناء ولا ريالاً واحداً هكذا كانت إجابته .

وبسؤال المدعى عليه من قبل القاضي أفاد بأن قطعة الأرض التي أقام عليها البناء قام بشرائها من أخيه الأصغر وهو المدعي(أ) بمبلغ وقدره تسعة وستين ألف ريال وصلته كاملة حسبما ذكر في صك الإفراغ ، وقد أقام عليها البناء وسكنها مذ عام ١٤٠٢هـ ، ولم يساهم أخوه المدعي معه بشيء لا في البناء ولا في تسديد الصندوق ، والآن لا يزال يسكنها منذ ذلك التاريخ .

وبعرض ذلك على المدعي أصر على قوله بأنه أفرغها إليه إحساناً منه .

الحكم القضائي وتسبيبه

أصدر فضيلة ناظر القضية حكمه برد دعوى المدعي فيما طالب به من إفراغ العقار باسمه وفي المطالبة بأجرة المثل وبعدم استحقاقه لما يدعيه كون ما ذكره المدعي يدل على تنازله عن ملكيته للعقار للمدعى عليه وأنه لا حق له فيه ، فقرر المدعى عليه القناعة ، فيما قرر المدعي عدم القناعة، وأفهم بأن عليه المراجعة لاستلام نسخة من الحكم يوم السبت الموافق ١٤٢٦/٦/٣هـ وأن من حقه الاعتراض على الحكم وتقديم لائحته الاعتراضية إلى التمييز في مدة أقصاها ثلاثون يوماً ابتداءً من التاريخ المذكور ، فإن لم يُقدم اعتراضه خلال هذه المدة ، فإن حقه في التمييز يُعتبر ساقطاً ، ويكون الحكم نهائي مكتسب للقطعية ففهم بذلك ، وبه حُرر في ١٤٢٦/٥/٢٦هـ .

تحليل محتوى الحكم القضائي

هذه الدعوى المقدمة من المدعي ظهر منها تنازله عن حقه بإفراغه أرضه لأخيه المدعى عليه منذ عام ١٤٠٢هـ ، وهذا التنازل ضمني وليس صراحة ، والتنازل يُعتبر من الشروط السلبية التي إذا تحقق منها شرط أدى لعدم قبول الدعوى ، وهذا الشرط ليس متعلقاً بالنظام العام الإجرائي ، ومع ذلك فلا يوجد ما يمنع من إثارة هذا الدفع من قبل القاضي متى ما عَلِم به ، ووجد أن فيه من المصلحة ما يُمكن من الأخذ به ، ولذلك أثاره

القاضي من تلقاء نفسه ، ولكن بدلاً من أن يستخدم الصيغة المدرجة في نظام المرافعات الشرعية وهو الحكم بعدم قبول الدعوى لوجود تنازل ضمني من المدعي استخدم صيغة رد الدعوى .

القضية الثامنة

التعريف بالقضية
نوعها : حقوقية
رقم قيد الدعوى : ١٣٠
التاريخ : ١٤٢٦/٣/٢٨هـ
الجهة التي نظرت الدعوى : المحكمة العامة بالرياض

مضمون الدعوى

تقدم لفضيلة القاضي المدعية (أ) بدعوى ضد الحاضر معها في مجلس الحكم المدعى عليه (ب) مضمونها أنها سبق أن وكلته هي وأخواتها على بيع أراضٍ لوالدهم في الدمام واستلام قيمتها ، كما أنه استولى على تركة والدهم من عقارات وهي سبع قطع أراضٍ في الدمام لاتعرف أرقامها ولا حدودها ولا أطوالها ولا مساحتها ولا صكوك تملكها ، وقد باعها بملايين الريالات لا تعلم مقدارها ، وتطلب إلزامه بتسليمها نصيبها من قيمة الأراضي التي باعها .

وقد طلب القاضي منها صك حصر الورثة فقالت: بأنه لا يوجد لديها ذلك وأنه موجود مع شقيقها المدعى عليه (ب) ، كما طلب القاضي منها تحرير دعواها ببيان مقدار المبالغ التي تدعي بأن أخاها قد باع قطع

الأراضي به وكذلك عن الأراضي من حيث حدودها ومساحتها وصكوك ملكيتها وذلك عملاً بالمادة (٦٣) من نظام المرافعات التي تقضي بسؤال القاضي للمدعي عمَّا هو لازم لتحرير دعواه قبل ردها أو السير فيها .
فقالت المدعية (أ) أطلب سؤال المدعى عليه (ب) عن ذلك .
وبعرض الإجابة عليه أفاد المدعى عليه بأنه لا يوجد لديه صك حصر الورثة ، وبالنسبة للأراضي فلا يعلم بأن والديه قد خلّفا له ولأخواته قطع أراضٍ ، ولم يبع شيئاً من تركة والديه ، وليس للمدعية شيء بذمته.

الحكم القضائي وتسبيبه

أصدر فضيلة القاضي حكمه بصرف النظر عن دعوى المدعية حتى تتمكن من تحريرها ، وأُفهمت بأنها متى ما تمكنت من تحرير دعواها فإن لها الحق في رفع دعواها مرة أُخرى ، فقررت عدم القناعة ، فأُفهمت بالمراجعة يوم الأحد ١٤٢٦/٩/١٣هـ لاستلام نسخة الحكم ، ولها الاعتراض على الحكم بطلب التمييز في مدة أقصاها ثلاثون يوماً ابتداء من التاريخ المذكور ، فإن لم تُقدم اعتراضها خلال هذه المهلة فإن حقها في التمييز يُعتبر ساقطاً ، ويكون الحكم نهائي مكتسب للقطعية ، وبه حرر في ١٤٢٦/٩/٦هـ .

تحليل محتوى الحكم القضائي

هذه الدعوى فاقدة لشرط من شروط قبولها وهو عدم تحرير الدعوى بما يمكن من معرفة المدعى به ، وهو ما يُعبر عنه في نظام المرافعات الشرعية هو تخلف شرط المصلحة كما في المادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية ، حيث لا يمكن قبول دعوى بشيء مجهول سواء كان ذلك في الشرع أو النظام .
وشرط المصلحة يتعلق بالنظام العام الإجرائي حسب المادة (٧٢) ، وهذا ما يُفسر إثارته من قبل القاضي من تلقاء نفسه .
وهذا الشرط لا يمنع في هذه الحالة من رفع الدعوى مرة أُخرى للقضاء متى ما استكمل المقتضى الناقص ، كون الحكم بعدم القبول هنا لتخلف شرط المصلحة لا يمس موضوع الدعوى ، فهو حكم فرعي يصدر قبل الفصل في الموضوع ، ولذلك نبه القاضي المدعية لذلك ، كما أنه يحق للمدعية الطعن في الحكم بالتمييز على وجه استقلالي دون ضمه للموضوع كونه لم يفصل في الموضوع بعد ، ولأن هذا الحكم من قبيل الأحكام

المنهية للخصومة كلها أو بعض منها مما يجوز فيه الطعن عند صدوره ، ولذلك نبه القاضي المدعية لذلك .

ومما يُلاحظ أن القاضي استخدم صيغة صرف النظر بدلاً عن صيغة الحكم بعدم القبول لتخلف شرط المصلحة.

القضية التاسعة

التعريف بالقضية

نوعها : حقوقية

رقم قيد الدعوى : ٢١٨

التاريخ : ١٤٢٦/٦/٢٠هـ

الجهة التي نظرت الدعوى : محكمة التمييز بالرياض

مضمون الدعوى والحكم وقرار التمييز

في يوم السبت الموافق ١٤٢٧/٣/١٧هـ ورد لفضيلة القاضي بالمحكمة العامة خطاب رئيس محكمة التمييز بالرياض وبرفقه القرار رقم ١٦/ ق أس ب وتاريخ ١٤٢٧/٣/١٠هـ ، وقد جاء فيه : " نحن قضاة الدائرة الأولى لتمييز القضايا الحقوقية بمحكمة التمييز بالرياض بناء على الالتماس المقدم لفضيلة رئيس محكمة التمييز بالرياض بناء لدعوى المدعي (أ) ضد المدعى عليه (ب) في مبلغ مالي صادر به صك رقم ١٣/٢٦١وتاريخ ١٤٢٦/١١/٢٣هـ والمحال إلينا بتاريخ ١٤٢٧/٢/٢٧هـ وبناءً على المادتين (١٩٢، ١٩٤) من نظام المرافعات فقد تم الاطلاع على الالتماس المذكور وعلى كافة الأوراق المرفقة تقرر الدائرة عدم قبول

الالتماس لأن ما ذكره الملتمس لا يلزم منه قبول الالتماس وبه حرر في ١٤٢٧/٣/١٧هـ " .

تحليل المحتوى

هذه القضية تتعلق بدين مالي ، وقد حُكم فيها بحكم نهائي مكتسب القطعية بقناعة الطرفين ، وقد قدم فيها المحكوم عليه طلب التماس إلى محكمة التمييز حسب النظام طالباً إعادة النظر فيما حُكم به عليه من مال إلا أن الملتمس لم يوضح في أسباب طلبه أي من الحالات المنصوص عليها في المادة (١٩٢) مما دعا قضاة الدائرة لأن يصدروا قراراً بعدم قبول الالتماس بما تم الحكم به .

وقضاة محكمة التمييز طبقوا ما نص عليه النظام مستندين على مواده بحسب ما هو مطلوب منهم .

القضية العاشرة

التعريف بالقضية

نوعها : حقوقية

رقم قيد الدعوى : ٢٠٦

التاريخ : ١٤٢٦/٧/٣٠هـ

الجهة التي نظرت الدعوى : المحكمة العامة بالرياض

مضمون الدعوى

تقدم لفضيلة القاضي المدعي (أ) بدعوى مدعياً على الحاضر معه بمجلس الحكم المدعى عليه (ب) مضمونها أنه اشترى مغسلة ملابس عن طريق مكتب المدعى عليه العقاري بعد قيامه بعدة زيارات للمغسلة وسؤاله عامل المغسلة عن الدخل فأجابه العامل بأنه يتراوح ما بين مائة وعشرين ريالاً إلى ثلاثمائة ريال يومياً ،وذكر له العامل أن مالك المغسلة يرغب في بيعها لأن عليه ديوناً يتوجب سدادها ثم اشترى المدعي (أ) المغسلة من مالكها وبعد ذلك وجد أن دخلها قليل جداً وأنه مغبون فيها حيث أن الدخل يتراوح ما بين تسعة عشر ريالاً إلى ستين ريالاً ويُطالب بفسخ العقد وإلزام المدعى عليه (ب) بتسليمه ثمن المغسلة البالغ ثلاثين ألف ريال .

وباستجواب المدعى عليه (ب) أفاد بأن ما ذكره المدعي(أ) من أنه اشترى مغسلة ملابس من مالكها بواسطة مكتبه العقاري بثلاثين ألف ريال مقبوضة فذلك صحيح ، وما ذكره من أنه مغبون في البيع وأن دخلها قليل لا علم له به وما يطلبه المدعي (أ) من فسخ العقد ، وإعادة الثمن فلا علاقة له به لأنه مجرد وسيط ولا يملك تحقيق طلبه.

الحكم القضائي وتسبيبه

أصدر فضيلة ناظر الدعوى حكمه بصرف النظر عن دعوى المدعي حيال المدعى عليه ، وأفهم بأن دعواه تتوجه على من باعه المغسلة ، وبعرض الحكم عليه قرر عدم القناعة وأفهم بالمراجعة يوم الأربعاء ١٤٢٦/١١/١٢هـ لاستلام نسخة الحكم ، وأن له حق الاعتراض على الحكم بطلب التمييز في مدة أقصاها ثلاثون يوماً ابتداءً من التاريخ المذكور، فإن لم يُقدم اعتراضه خلال هذه المدة فإن حقه في التمييز يُعتبر ساقطاً ، ويكون الحكم نهائي مكتسباً للقطعية ففهم ذلك وبه حرر في١٤٢٦/١١/٤هـ

تحليل محتوى الحكم القضائي

يلاحظ من هذه الدعوى تشابهها مع القضية الرابعة التي سبق بيانها من حيث أن المدعى عليه هو ليس ذا صفة في الدعوى ، ولذا دفع الخصومة عن نفسه بأنه مجرد وسيط على إتمام عقد بيع المغسلة كونه يملك مكتب عقاري وليس له علاقة بالدعوى فهو ليس خصماً في هذه الدعوى ، وهذا الدفع نوع من أنواع الدفع بعدم القبول ؛ لأن الدعوى فقدت شرطاً مهماً وهو شرط الصفة في المدعى عليه بأن يكون ذا شأن وصفة في الدعوى ، ومن حق المدعى عليه إثارة هذا الدفع ؛ لأنه يعلم نفسه أكثر من غيره هل هو خصم في الدعوى أم لا .

وشرط الصفة من النظام العام الإجرائي حسب المادة (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية فيتوجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه متى ما عَلِم به ، كما يجوز للخصم إثارته كما فعل الخصم في هذه الدعوى ، ولكونه من النظام العام فلا يجوز لأي من الخصوم التنازل عنه أو الاتفاق على خلافه .

والمدعى عليه طالما أنه أثار هذا الدفع من تلقاء نفسه ، فإن القاضي في مثل هذه الحالة يصدر حُكماً بعدم قبول الدعوى لتخلف شرط الصفة في المدعى عليه عملاً بالمادة (٧٢) من النظام .

هذا الحكم هو حكم فرعي يصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ، ولذا فهو لا يمس الحق الموضوعي لا من قريب ولا من بعيد ، وبالتالي من حق المدعي إقامة دعواه مرة أخرى ولكن ضد من توجهت إليه الخصومة وهذا ما أفهمه القاضي للمدعي من أن هذا الحكم لا يمنع من رفع الدعوى مرة أخرى للقضاء للمطالبة بحقه ضد من باعه المغسلة .

وللمدعي الحق في الطعن في هذا الحكم الفرعي وهو الحكم بعدم القبول لانتفاء الصفة في المدعى عليه ، ولذا نبه القاضي المدعي بعد أن قرر عدم قناعته بالحكم أن من حقه الاعتراض على الحكم بعدم القبول بطلب التمييز مدة أقصاها ثلاثون يوماً تبدأ من استلام المذكور لنسخة الحكم ، فإن لم يُقدم اعتراضه خلال هذه المهلة فإن حقه يكون ساقطاً ويكتسب الحكم صفة القطعية عملاً بالمادة (١٧٨) من النظام .

وهذا الطعن أو الاعتراض يكون استقلالاً عن الموضوع لأنه من الأحكام المنهية للخصومة ، فيكون الاعتراض عليه عند الفصل فيه .

والمدعي لو رفع اعتراضه بعد انتهاء المهلة فإن حقه يعتبر ساقطاً ويدفع القاضي دعواه بالتمسك بعدم القبول فيحكم بعدم القبول لسقوط الحق الإجرائي لعدم اتخاذه في ميعاده ، وإثارة هذا الدفع من القاضي من تلقاء نفسه كونه يتعلق بالنظام العام الإجرائي عملاً بالمادة السابقة المشار إليها .

ومما يلاحظ أن القاضي لم يستخدم صيغة الحكم بعدم القبول وإنما استبدل عنها بصيغة صرف النظر ، ولم يشر إلى انتفاء صفة المدعى عليه في تسبيب الحكم صراحة ، وإنما يستفاد من إشارته إليها ضمناً .

الخاتمة

الخـاتـمـة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وبعونه تُقضى الحاجات ، أحمده وأشكره على أن يسر لي كتابة هذا البحث وإتمامه بهذا الشكل المتواضع .. والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين .

بعد أن تم بحث موضوع (الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي) ،كدراسة نظرية وتطبيقية ، أود أن أدون في خاتمته أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها وفقاً للآتي :

أولاً : النتائج :

١ـ عرف الفقه الإسلامي الدفع بعدم القبول بمسميات متعددة، وهي : عدم القبول وعدم السماع ودفع الخصومة .

٢ـ الدفع بعدم القبول من ابتداع الفقه الإسلامي وليس الفقه الفرنسي كما قيل .

٣ـ عدم توافر أي من الشروط الإيجابية أو السلبية في الدعوى ؛ يحكم بعدم قبولها .

٤ـ الدفع بعدم القبول في بعض صوره يكون دعوى في حد ذاته ، وفي بعضها لا يكون كذلك .

٥ـ لا وجود للخلاف بين فقهاء الشريعة حول طبيعة الدفع بعدم القبول .

٦- يستقل الدفع بعدم القبول عن الدفوع الموضوعية تبعاً لاستقلال الدعوى القضائية عن ذات الحق المدعى به .
٧- يوجه الدفع بعدم القبول إلى الطلب أو الدفع أو الطعن في الحكم حال تخلف أحد شروطه .
٨- المصلحة التي تصلح كشرط لقبول الدعوى ،هي حاجة الشخص في اللجوء إلى القضاء التي قد تجلب له نفعاً أو تدفع عنه ضررا.
٩- تعييب أي من إجراءات الخصومة يترتب عليها البطلان وليس عدم القبول .
١٠- يظهر نشاط الدفع بعدم القبول داخل الخصومة المنعقدة صحيحة من خلال قبول أو عدم قبول الطلبات العارضة والإدخال والتدخل .
١١- الدفع بعدم القبول له ذاتية خاصة تميزه عن بقية الدفوع ، تتجلى في إنكاره الحماية القضائية على طالبها عند تخلف شرط من شروطها .
١٢- يعتبر الدفع بعدم القبول أحد الجزاءات الإجرائية .

١٣- فكرة النظام العام في نظام المرافعات الشرعية السعودي لا تخرج عن مفهومها في الفقه الإسلامي ، فهي تتكون من شقين:
الأول : يتميز بالثبات ، وهو عدم مخالفة النص الشرعي قطعي الثبوت والدلالة ، سواء أكان من الكتاب أو السنة أو الإجماع فيما لا يعرف لهم مخالف ، وكذلك المقاصد الشرعية الأساسية . وهذا لا يتغير بتغير الزمان ولا المكان ولا الظروف .
الثاني : يتميز بالمرونة والثبات المؤقت ، ويستمد وجوده من حق ولي الأمر فيما يصدره من أنظمة تبعاً لما تمليه المصلحة العامة فيما لا نص فيه ولا إجماع ، ويعد من قبيل المصالح المرسلة . وهذا يتأثر بتغير الأحوال والزمان والمكان .
١٤- يتم إعمال قاعدة النظام العام على الدفع بعدم القبول بإحدى وسيلتين:
الأولى : حالة وجود النص ، وفي هذه الحالة ليس للقاضي إلا تطبيقه دون الحاجة لاجتهاده عملاً بالقاعدة الشرعية< لا اجتهاد مع النص >.
الثانية : حالة عدم وجود النص ، وهذه يخول فيها القاضي أن يجتهد في تقرير ما يُعد من النظام العام وما لا يعد ؛ وهي مستوحاة بما يرمي إليه عجز المادة (٧٢) .
١٥- يترتب على كون الدفع بعدم القبول من النظام العام أن تتصدى المحكمة بإثارته من تلقاء نفسها دون انتظار إثارته من أحد الخصوم ، وذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى حال تولده من اختلال شرط

من شروط قبول الطلب القضائي أو الدفع أو الطعن في الحكم . ولا يجوز الاتفاق على خلافه أو التنازل عنه . ويجوز للخصم التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى . ويترتب على إغفال المحكمة له أن يكون سبباً من الأسباب التي تجيز الاعتراض على الحكم ونقضه.

١٦ـ يعد الحكم بعدم قبول الدعوى من الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى ، وأنه لا يخلو الحال من أمرين :

الأول : يمكن الطعن في الحكم بعدم القبول مباشرة على وجه الاستقلال دون ضمه للموضوع إذا كان حاسماً وفاصلاً في الخصومة.

الثاني : لا يجوز الطعن في الحكم بعدم القبول إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في موضوع الدعوى إذا كان الحكم غير منهي للخصومة.

١٧ـ يجوز تجديد النزاع بعد الحكم بعدم قبول الدعوى كقاعدة عامة متى أمكن استيفاء المقتضى الذي كان ينقصه .أمّا إذا لم يمكن استيفاؤه ، فلا يجوز تجديد النزاع فيه ، ويكتسب فيه الحكم بعدم القبول حجية الشيء المقضي فيه في المسألة المفصول فيها فقط دون موضوعها .

١٨ـ إذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم بعدم قبول الدعوى المستأنف فيه؛ يجب عليها إعادة الدعوى لمحكمة الموضوع للنظر في موضوع النزاع ؛ لعدم استنفاد محكمة الموضوع لولايتها ؛ لأنها لم تنظر فيه بعد ، وحتى لا تفوت على الخصم درجة من درجات التقاضي .

١٩ـ تستخدم في القضاء مصطلحات بديلة عن مصطلح عدم القبول الوارد في نظام المرافعات الشرعية، كما تستخدم مسببات في الحكم بديلة عمّا هو موجود في النظام .

ثانياً : التوصيات :

يوصي الباحث بما يلي :

١ـ عقد دورات تدريبية للمختصين من قبل وزارة العدل ؛ للتعمق في فهم نظام المرافعات الشرعية .

٢ـ التأكيد على القضاة من قبل وزارة العدل بالالتزام بما ورد في نظام المرافعات الشرعية من مصطلحات نظامية .

٣ـ إضافة كلمة " معاً " في المادة (٧١)، لتصبح : الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص المحلي أو بإحالة الدعوى إلى محكمة

أخرى لقيام ذات النزاع ذاته أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها يجب إبداؤها معاً قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى .... .
وذلك حتى لا يكون هناك مجال؛ لإعطاء فرصة التراخي وتطويل الإجراءات من جانب المدعى عليه، وبالتالي تأخير الفصل في موضوع الدعوى .

٤- إضافة جملة " وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات " في المادة (٧١) بعد النص : " .. أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها ..." ؛ وذلك على اعتبار أن كل دفع يتصل بإجراءات الخصومة،هو في واقع الأمر دفع شكلي .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً : أصول الفقه ومقاصد الشريعة

١ـ الآمدي ، علي محمد : الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق سيد الجميلي ،(دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ)

٢ـ خلاف ، عبد الوهاب : علم أصول الفقه ، (دار الكلمة ، المنصورة ، مصر ، الطبعة العاشرة ، ١٤٢٢هـ) .

٣ـ الشاطبي ، إبراهيم موسى : الموافقات ، تحقيق مشهور حسن آل سلمان، (دار عفّان ، القاهرة ، مصر ،الطبعة الأولى ، ١٤٢١هـ).

٤ـ الغزالي،محمد بن محمد: المستصفى من علم الأصول، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ).

ثانياً : القواعد الفقهية

٥ـ السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ،(مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة المكرمة، السعودية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٨هـ) .

٦ـ ابن عبد السلام ، عز الدين عبد العزيز : القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام ، تحقيق نزيه كمال حماد وعثمان جمعه ضميرية ، (دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١هـ) .
٧ـ عزام ، عبد العزيز محمد : القواعد الفقهية ، (دار الحديث ، القاهرة ، مصر ، د.ط ، ١٤٢٦هـ) .
٨ـ ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، (مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة المكرمة ـ الرياض، السعودية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م) .

ثالثاً : الفقه الحنفي

٩ـ الجارم ، محمد صالح : المجاني الزهرية على الفواكه البدرية لابن الغرس الفقيه الحنفي ، (مطبعة النيل ، القاهرة ، مصر ، د .ط ، ١٣٢٦هـ).
١٠ـ السرخسي، شمس الدين: المبسوط ،(دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، د.ت) .
١١ـ ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي : حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض (دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ) .
١٢ـ العيني ، محمود بن أحمد : البناية في شرح الهداية ، (دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٤١١هـ) .
١٣ـ قودر ، أحمد : تكملة شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ) .
١٤ـ مجلة الأحكام العدلية ، شرح سليم رستم باز، (تصوير دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، د.ت) .
١٥ـ ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : البحر الرائق ، (دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، د.ت) .
١٦ـ حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ، مطبوع مع البحر الرائق

رابعاً: الفقه المالكي

١٧ـ الدسوقي ، محمد عرفة : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تحقيق محمد عليش ، (دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، د. ت) .

١٨ـ العبدري ، محمد يوسف : التاج والإكليل ، (دار الفكر ، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨هـ).
١٩ـ العدوي ، علي أحمد : حاشية العدوي على شرح الخرشي ، مطبوعة بهامش شرح الخرشي،(دار صادر ، بيروت ، لبنان ، د. ط ، د.ت).
٢٠ـ العدوي ، علي أحمد : حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ، تحقيق يوسف الشيخ ومحمد البقاعي ، (دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٢هـ) .
٢١ـ عليش ، محمد أحمد : منح الجليل شرح مختصر خليل ، (دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، د.ط ، د.ت) .
٢٢ـ ابن فرحون ، إبراهيم بن علي : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام ، تحقيق جمال مرعشلي ،(دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، طبعة ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) .

خامساً: الفقه الشافعي

٢٣ـ البجيرمي ، سليمان عمر : حاشية البجيرمي ، (المكتبة الإسلامية ، ديار بكر ، تركيا ، د. ط ، د. ت) .
٢٤ـ الرملي ، محمد أحمد حمزة : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، د. ط ، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م) .
٢٥ـ الشربيني ، محمد محمد الخطيب : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ) .
٢٦ـ ابن أبي الدم ، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم عبد الله : أدب القضاء ، تحقيق مصطفى الزحيلي،(دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م) .
٢٧ـ القليوبي ، أحمد بن أحمد سلامة : حاشيته على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج مطبوع مع حاشية عميره ،(مطابع عيسى الحلبي ، القاهرة ، مصر، د.ط ، د.ت) .
٢٨ـ الماوردي ، علي محمد : الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، تحقيق خالد عبد اللطيف السبع العليمي ، (دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م) .
٢٩ـ المروزي ، حسين بن محمد المروزي : طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية ، (مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ١٥٢٣فقه شافعي ، الورقة ١٥٠/ أ) .

٣٠ـ النووي ، محيى الدين بن شرف : المجموع شرح المهذب للشيرازي ، (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، طبعة جديدة ، ١٤١٥هـ).
٣١ـ النووي ، محيى الدين بن شرف : روضة الطالبين ،(دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية ، طبعة خاصة ، ١٤٢٣هـ) .
٣٢ـ الهيتمي ، أحمد حجر : تحفة المحتاج بشرح المنهاج مطبوع عليه حاشيتي الشرواني والعبادي ، (المطبعة الميمنية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثالثة ، ١٣١٥هـ) .

سادساً: الفقه الحنبلي

٣٣ـ البهوتي ، منصور بن يونس : الروض المربع ، (مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، السعودية ، د.ط ، ١٣٩٠هـ) .
٣٤ـ البهوتي ، منصور بن يونس : كشاف القناع عن متن الإقناع ، (مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة ــ الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ) .
٣٥ـ ابن تيمية ، أحمد عبد الحليم : مجموع الفتاوى ، (طبعة مجمع الملك فهد ، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م) .
٣٦ـ ابن ضويان ، إبراهيم محمد : منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق زهير الشاويش ، (المكتب الإسلامي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الرابعة ، ١٣٩٥هـ) .
٣٧ـ القارئ ، أحمد بن عبد الله : مجلة الأحكام الشرعية ، تحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم علي ،(مطبوعات تهامة ، مكة المكرمة ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠١هـ).
٣٨ـ ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد: الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، (المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ) .
٣٩ـ ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد: المغني ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو ،(هجر للطباعة ، القاهرة ، مصر ،الطبعة الثانية ، ١٤١٣هـ) .
٤٠ـ ابن القيّم ، محمد بن أبي بكر : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق محمد جميل غازي ، (مطبعة المدني ، القاهرة ، مصر ، د. ط ، د.ت) .
٤١ـ ابن مفلح ، إبراهيم محمد عبد الله : النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر ، (مكتبة المعارف ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٤هـ).

سابعاً : الفقه العام والمقارن

٤٢- أحمد ، فؤاد عبد المنعم : ابن خلدون ورسالته للقضاة مُزيل الملام عن حُكّام الأنام ، (دار الوطن ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ) .
٤٣- أحمد ، فؤاد عبد المنعم والحسين علي غنيم : الوسيط في التنظيم القضائي مع بيان التطبيق في المملكة ومصر والكويت ، (مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، ١٤١٤هـ) .
٤٤- ابن تيميه ، أحمد عبد الحليم : الحسبة في الإسلام ، (دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، د.ط ، د. ت) .
٤٥- الحميدان ، حميدان عبد الله : أحكام المرافعات في الفقه الإسلامي وتطبيقها المعاصر في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية،(الناشر المؤلف نفسه، الرياض، السعودية، د. ط ،١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م).
٤٦- الخفيف ، علي : الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية (دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، د. ط ، ١٤١٦هـ).
٤٧- الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ).
٤٨- الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل الفقهي العام ، (دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م) .
٤٩- السبكي ، عبد الحكيم بن محمد : المرافعات الشرعية ، (المطبعة الجمالية ، القاهرة ، مصر ، د.ط ،١٣٢٩هـ).
٥٠- السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، (المكتبة السلفية، المدينة المنورة ، السعودية، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٧م).
٥١- الشوكاني ، محمد علي : الأدلة الرضية ، تحقيق محمد صبحي الحلاق، (دار الندى ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ).
٥٢- الشوكاني ، محمد علي : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، تحقيق محمود إبراهيم زايد ، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ).
٥٣- العبادي ، عبد السلام داود : الملكية في الشريعة الإسلامية ، (مكتبة الأقصى ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٩هـ / ١٩٧٧م) .
٥٤- العميريني ، علي عبد العزيز : الدعوى وأساس الادعاء في الفقه الإسلامي ـــ دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وفقه القانون

الوضعي ، (مكتبة العبيكان ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م) .
٥٥- قراعة ، علي محمود : الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، (مطبعة النهضة ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٣٤٤هـ).
٥٦- مختارات من أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ، (دار عالم الكتب ، العليا ،الرياض ،السعودية ، الطبعة الأولى،١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م).
٥٧- المذن ، واصل داود : الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعاوى القضائية ، (كنوز إشبيليا ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٦هـ).
٥٨- ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ،(دار النفائس ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثالثة ، ١٤٢٥هـ) .
٥٩- ياغي ، أكرم حسن : نظرية الدعوى الشرعية في التشريع والفقه والقضاء ،(مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م) .

ثامناً : النظم والقوانين

٦٠- أحمد ، فؤاد عبد المنعم والحسين علي غنيم ، أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، (المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية، مصر ، د.ط ، ٢٠٠٢م) .
٦١- بدران ، محمد محمد : مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري ،(دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، طبعة ١٩٩٢م) .
٦٢- التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل السعودية .
٦٣- جميعي ، عبد الباسط : مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، (دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، د. ط ، ١٩٧٣م) .
٦٤- حسن ، علي أحمد : التقادم في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاء ، (منشأة المعارف ،الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، د.ت).
٦٥- حسن ، علي سيد : مدخل إلى علم القانون ـ الكتاب الأول ـ نظرية القانون ، (دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨٣م) .
٦٦- حسن ، علي عوض : الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء ، (دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، طبعة ١٩٩٦م) .

٦٧ـ حسن ، علي عوض : الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها،(دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،طبعة ١٩٩٦م).
٦٨ـ الحفناوي، عبد المجيد: أصول التشريع في المملكة العربية السعودية، (غير مبين مكان الطبع ، د. ت) .
٦٩ـ آل خنين ، عبد الله بن محمد : الكاشف في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، (دار التدمرية ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٧هـ) .
٧٠ـ آل خنين ، عبد الله محمد : المدخل إلى فقه المرافعات ،(دار العاصمة ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٢هـ) .
٧١ـ دويدار ، طلعت بن محمد ومحمد علي كومان : التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، ١٤٢٢هـ).
٧٢ـ دويدار ، طلعت محمد : الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي،(دار حافظ للنشر ، جدة ، السعودية ، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ) .
٧٣ـ الدناصوري عز الدين و حامد عكاز : التعليق على قانون المرافعات، (طبعة على نفقتهم الخاصة ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة العاشرة ، ٢٠٠٢م).
٧٤ـ سعد ، إبراهيم نجيب : القانون القضائي الخاص ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، د.ت) .
٧٥ـ السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : الوسيط في القانون المدني ـ نظرية العقد ، (دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨١م) .
٧٦ـ الشايقي،سليمان عبد اللطيف: الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية (الرياض، السعودية ، الطبعة الثالثة ، ١٤٢٢هـ ـ أواخر ٢٠٠١م).
٧٧ـ الشواربي ، عبد الحميد وأسامة عثمان : أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ،(منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، د.ت).
٧٨ـ الشواربي ، عبد الحميد : الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، طبعة ٢٠٠٥م).
٧٩ـ صاوي ، أحمد السيد : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ،(دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، د. ط ، ١٩٨١م).

٨٠ـ الصدة ، عبد المنعم فرج : أصول القانون ، (دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، د.ط ، د. ت) .
٨١ـ عبد الفتاح ، عزمي : نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ، (مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٦م).
٨٢ـ العشماوي ، محمد وعبد الوهاب : قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ، (المطبعة النموذجية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٧م) .
٨٣ـ عمر ، نبيل إسماعيل : أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، ١٩٩٣م) .
٨٤ـ عمر ، نبيل إسماعيل : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دراسة تحليلية للفقه والقضاء المصري والفرنسي ، (دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، ٢٠٠٤م) .
٨٥ـ عمر ، نبيل إسماعيل : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات ، (دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، مصر، د.ط ، ٢٠٠٤م) .
٨٦ـ عمر ، نبيل إسماعيل : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، (دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، ٢٠٠٢) .
٨٧ـ عمر ، نبيل إسماعيل وأحمد خليل وأحمد هندي : قانون المرافعات المدنية والتجارية ،(دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، ٢٠٠٤ م) .
٨٨ـ عمر ، نبيل إسماعيل : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، (دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، ٢٠٠٦م) .
٨٩ـ عمر ، نبيل إسماعيل: الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية،(دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، مصر، د. ط، ٢٠٠١م).
٩٠ـ عياد ، عبد الرحمن : أصول علم القضاء ، (معهد الإدارة العامة ، الرياض ، السعودية ، د. ط ، ١٤٠١هـ) .
٩١ـ الفكهاني ، حسن وعبد المنعم حسني : الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١م (الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، مصر ، طبعة ١٩٨٢م ، الإصدار المدني).

٩٢ـ فهمي ، وجدي راغب : مبادئ الخصومة المدنية ، (دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٨م) .
٩٣ـ فهمي ، وجدي راغب : مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات " ، (دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٦م) .
٩٤ـ كامل ، رمضان جمال : شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً (مكتبة الألفي القانونية ، المنيا ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨م) .
٩٥ـ محمد ، خلف : مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، (دار الطباعة الحديثة ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٢م).
٩٦ـ المرزوقي ، محمد عبد الله ، السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية ، (مكتبة العبيكان ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ،١٤٢٥هـ) .
٩٧ـ مرقص ، سليمان : مدخل للعلوم القانونية ، (دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢م) .
٩٨ـ مسلم ، أحمد : أصول المرافعات ، (دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، د. ط ، ١٩٧٨م) .
٩٩ ـ مليجي ، أحمد : التعليق على قانون المرافعات،(طبعة نادي القضاة ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٥م) .
١٠٠ـ النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ / ٩٠ وتاريخ ٢٧ / ٨ / ١٤١٢هـ .
١٠١ـ نظام القضاء الجديد بالمرسوم الملكي رقم م / ٧٨ وتاريخ ١٩ /٩/ ١٤٢٨هـ .
١٠٢ـ نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م / ٢١) وتاريخ ٢٠ / ٥ /١٤٢١هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم ٤٥٦٩ وتاريخ ٣ / ٦ / ١٤٢٣هـ .
١٠٣ـ النمر ، أمينة مصطفى : أصول المحاكمات المدنية، (الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، د.ط ، ١٩٨٥م) .
١٠٤ـ النمر ، أمينة مصطفى : الدعوى وإجراءاتها ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، د.ت) .
١٠٥ـ النمر ، أمينة مصطفى : قوانين المرافعات ، (طبعة نادي القضاة ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨٩م) .

١٠٦ـ هاشم ، محمود محمد : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، (جامعة الملك سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ).
١٠٧ـ والي ، فتحي : قانون القضاء المدني ، (دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر ، د.ط ، ١٩٧٢م) .
١٠٨ـ والي ، فتحي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، (مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، مصر ، د.ط ، ١٩٩٣م) .
١٠٩ـ أبو الوفا ، أحمد : التعليق نصوص قانون المرافعات ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، د.ت) .
١١٠ـ أبو الوفا ، أحمد : المرافعات المدنية والتجارية ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الثالثة عشرة ، ١٩٨٠م) .
١١١ـ أبوالوفا ، أحمد : نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٩م).
١١٢ـ أبوالوفا ، أحمد : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ،(منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الثامنة ، د.ت) .

تاسعاً : الدراسات العلمية والبحوث

١١٣ـ أحمد، فؤاد عبد المنعم : حقوق الملكية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (بحث منشور بكتاب حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مطابع جامعة نايف العربية ،الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م) .
١١٤ـ البشري ، عماد طارق : فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق ، (رسالة دكتوراه في القانون من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٦هـ).
١١٥ـ حشيش ، أحمد محمد : الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري(رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، ١٩٨٦م) .
١١٦ـ الحمادي ، حسن أحمد : نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية ، (رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية بمصر مطبوعة ، الدار العلمية الدولية للنشر ودار الثقافة للنشر،عمَّان، الأردن ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣م) .
١١٧ـ الخضيري ، أحمد محمد : نقض الأحكام القضائية ، (رسالة دكتوراه من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، مطبعة الجامعة ، الرياض ، السعودية ، طبعة ١٤٢٧هـ) .

١١٨ـ خلاف ، عبد الوهاب : تفسير النصوص القانونية وتأويلها ، (بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد تصدر من كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، مصر ، العدد الثاني ، ١٩٤٨م).
١١٩ـ الدّغمي ، محمد راكان : دعوى التناقض والدفع في الشريعة ، (رسالة لنيل درجة الدكتوراه من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بمصر عام ١٩٨٦م ، دار عمَّار، عمّان ، الأردن ، و ودار الجيل ، بيروت ، لبنان ،الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ / ١٩٩١م) .
١٢٠ـ رمضان ، أيمن أحمد : الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، (رسالة دكتوراه في الحقوق من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية عام ٢٠٠٣م ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، ٢٠٠٥م) .
١٢١ـ الزحيلي ، محمد مصطفى : أصول المحاكمات الشرعية والمدنية،(دار الكتاب ، دمشق ، سورية ، طبع ١٤٠٨هـ) .
١٢٢ـ الشرقاوي ، عبد المنعم أحمد : نظرية المصلحة في الدعوى ، (مكتبة عبد الله وهبة ، عابدين ، مصر ، ١٣٦٦هـ) .
١٢٣ـ شموط ، حسن تيسير : العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية ، (رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي من كلية الشريعة بالجامعة الأردنية مطبوعة ، دار النفائس ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٦هـ) .
١٢٤ـ آل الشيخ ، حسين عبد العزيز : القواعد الفقهية للدعوى القضائية وتطبيقاتها في النظام القضائي في المملكة العربية السعودية ، (رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه من قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عام ١٤٢٠هـ ، دار التوحيد للنشر،الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٨هـ) .
١٢٥ـ عبد البر ، محمد زكي : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي ، (بحث منشور بمجلة أضواء الشريعة التي تصدرها كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، السعودية ، العدد الثامن ، ١٣٩٧هـ) .
١٢٦ـ العبد اللطيف ، عبد العزيز محمد : أحكام البطلان في نظام المرافعات السعودي على ضوء الفقه الإسلامي ، (بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية من جامعة نايف العربية عام ١٤٢٥هـ) .

١٢٧ـ العتمي ، علي حسن : دفع الدعوى في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في نظام المرافعات الشرعية السعودي،(بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير من جامعة نايف عام ١٤٢٥هـ) .
١٢٨ـ الغامدي ، ناصر محمد : الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية ، (رسالة ماجستير من كلية الشريعة بجامعة أم القرى مطبوعة ، مكتبة الرشد ، الرياض، السعودية ،الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م) .
١٢٩ـ الغامدي ، ناصر بن محمد : دفع الخصومة في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية تأصيلية (سلسلة البحوث العلمية المحكَّمة(١٩) ، دار ابن الجوزي ، السعودية ، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ ، ومنشور في مجلة المجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة العددين ١٧ ، ١٨) .
١٣٠ـ فهمي : محمد حامد : تعليق على حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر في ١٩٣٠/٢/٢١م ، (مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، مصر ،١٩٣١م، السنة الأولى ، العدد الأول) .
١٣١ـ القاسمي ، ظافر : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ ، (دار النفائس ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧هـ) .
١٣٢ـ القحطاني ، مسفر حسين : دفع الدعوى ، (مجلة البحوث الإسلامية ، الرياض ، السعودية ، العدد الثلاثون ، ١٤١١هـ) .
١٣٣ـ القراله،أحمد ياسين:النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي،(أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله ، بكلية الدراسات العليا من الجامعة الأردنية ، غير منشورة ، عمَّان ، الأردن ، ١٩٩٦م) .
١٣٤ـ القطب ، محمد القطب : العمل القضائي في القانون المقارن ، (رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٦٤م) .
١٣٥ـ المحارب ، محمد أحمد : انقضاء الخصومة في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، دراسة تأصيلية مقارنة ، (بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية من جامعة نايف العربية عام ١٤٢٧هـ) .
١٣٦ـ أبو النور، محمود بن محجوب : نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي ، (الدار السودانية للكتب ، الخرطوم ، السودان ، د.ط ،١٤٢٠هـ) .

١٣٧ـ الهبوب ، بكر عبد اللطيف : نظرية البطلان في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، (بحث منشور بمجلة العدل ، وزارة العدل ، الرياض ، السعودية ، عدد (٢٨) شوال ،١٤٢٦هـ) .
١٣٨ـ والي ، فتحي : نظرية البطلان في قانون المرافعات ، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٥٨م ، دار الطباعة الحديثة ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٧م).
١٣٩ـ ياسين ، محمد نعيم : حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، (بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة من كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العددين الثالث والرابع ، السنة السادسة ، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م) .
١٤٠- اليحي ، فهد عبد العزيز : الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، (بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض عام ١٤٢٤هـ) .
١٤١ـ يونس ، محمود مصطفى : فكرة النظام العام في القانون القضائي ، (بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي ، شرطة الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة ، المجلد العاشر ، العدد الرابع ، يناير ، ٢٠٠٢م) .

عاشراً : اللغة والمعاجم والمصطلحات

١٤٢ـ ابن دريد : أبو بكر محمد بن الحسن ، جمهرة اللغة ، تحقيق رمزي منير بعلبكي ، (دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط ١، ١٩٨٧).
١٤٣ـ الزبيدي ، محمد مرتضى ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق علي شيري ، (دار الفكر للطباعة ، بيروت ، لبنان ، طبعة ١٤١٤هـ /١٩٩٤م) .
١٤٤ـ أبو عبد الله ، محمد بن أبي الفتح البعلي ، المطلع على أبواب المقنع ، تحقيق محمد بشير الأدلبي ، (المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان، د.ط، ١٤٠١هـ) .
١٤٥ـ ابن فارس، أحمد : معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ،(دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ) .
١٤٦ـ الفيروز أبادي ، محمد يعقوب : القاموس المحيط ، (مؤسسة الرسالة، بيروت ، لبنان د.ط ، د. ت) .
١٤٧ـ الفيومي ، أحمد محمد : المصباح المنير ،(المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان ، د. ط ، د.ت) .

١٤٨ـ ابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان العرب ، (دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، د.ت) .
١٤٩ـ معجم القانون ، (مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٤٢٠هـ).

فهرس
الموضوعات

فهرس الموضوعات